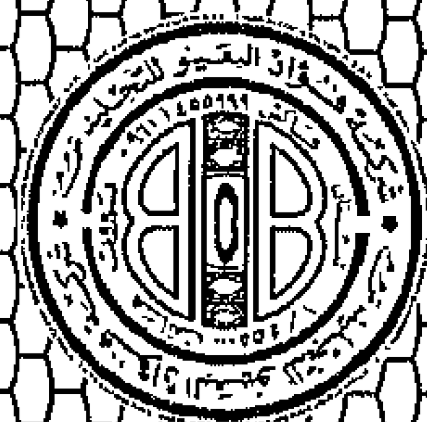
الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية

دراسة مقارنة



الدكتور
أسعد عبيد الجميلي
دكتوراه في القانون المدني







الخطأ في
المسؤولية الطبية المدنية
دراسة مقارنة

المملكة الأردنية الهاشمية/رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية: (2008/9/3363)

346,031
الجميلي، أسعد
الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية: دراسة مقارنة//
أسعد عبيد الجميلي - عمان: دار الثقافة 2011
رقم الإيداع: (2008/9/3363)
الواصفات: /القانون الخاص//الأخطاء الطبية//

• أعدت دائرة المكتبة الوطنية بيانات الفهرسة والتصنيف الأولية

ISBN 9957-16-482-9

الطبعة الأولى 2009م - 1430هـ
الطبعة الثانية 2011م - 1432هـ



المركز الرئيسي: عمان - وسط البلد - قرب الجامع الحسيني - عمارة الحجيري
هاتف: 4646361 6 (962 +) فاكس: 4610291 6 (962 +) ص.ب 1532 عمان 11118 الأردن

فرع الجامعة: عمان - شارع الملكة رانيا العبدالله (الجامعة سابقاً) - مقابل بوابة العلوم - مجمع عربيات التجاري
هاتف: 5341929 6 (962 +) فاكس: 5344929 6 (962 +) ص.ب 20412 عمان 11118 الأردن

Website: www.daralthaqafa.com e-mail: info@daralthaqafa.com

تصميم وإنتاج
مكتب دار الثقافة للتصميم والإنتاج

الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية

دراسة مقارنة

الدكتور
أسعد عبيد الجميلي
دكتوراه في القانون المدني

أصل هذا الكتاب (رسالة دكتوراه)
بإشراف الأستاذ الدكتور حسن علي الذنون
في جامعة بغداد/كلية القانون - العراق

دار الثقافة
للنشر والتوزيع
1432هـ-2011م

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

﴿ وَٱللَّهُ خَلَقَكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ مِن نُّطْفَةٍ ثُمَّ جَعَلَكُمْ أَزْوَٰجًا ۚ وَمَا تَحْمِلُ مِنْ أُنثَىٰ وَلَا تَضَعُ إِلَّا بِعِلْمِهِۦ ۚ وَمَا يُعَمَّرُ مِن مُّعَمَّرٍ وَلَا يُنقَصُ مِنْ عُمُرِهِۦٓ إِلَّا فِى كِتَٰبٍ ۚ إِنَّ ذَٰلِكَ عَلَى ٱللَّهِ يَسِيرٌ ﴾

[فاطر:11]

صدق الله العظيم

الإهداء

إلى وطني الذي تحمّل

وإلى العراق مهد الحضارة الإنسانية

وإلى كليتي التي شجعت

وإلى أساتذتي الذين أسهموا بالكثير في تمكيني من إنجاز هذا الجهد

وفاءً وعرفاناً

وإلى القضاء .. رسالة العدالة .. والحق والنزاهة

وإلى المحاماة

مهنة الحرية .. والعدل والكرامة والكفاح

وإلى رجال العلم والمعرفة سدنة الحق وحماة القانون

إلى الذين نذروا أنفسهم لإقامة جلال وجمال العدل بين الناس

وإلى رسل الإنسانية الحكماء والأطباء

وإلى روح والدي الطاهرة .. وإلى والدتي الحنون

وإلى زوجتي .. وإلى أبنائي محمد سجى، ضحى

وإلى كل من قرأها فدلني على عيب أو نقص فيها

أقدم هذا الجهد المتواضع

الفهرس

الباب الثاني
طبيعة الخطأ الطبي العقدي

الباب الثالث
صور الخطأ الطبي وإثباته

مقدمة عامة

((من تطبب ولم يكن بالطب معروفاً فأصاب نفساً فما دونها فهو ضامن))

حديث شريف

((إن القانون هو سيد الجميع، فهو سيد من قدر له الموت، وسيد من كتب له الخلود)).

مونتسيكيو

أولاً: نبذة تاريخية

من الحقائق التاريخية الراهنة أن فن معالجة المرضى قديم جداً، إذ فرضته ضرورة الحفاظ على الحياة والاستمتاع بنعمها، ولهذا ظهر في الوجود منذ العصور الأولى، وبدأ فناً تقديرياً وتخمينياً، إلى أن انتهى في العصور الحديثة إلى منطقة العلم.

فالمسؤولية الطبية موجودة في أقدم الشرائع، ففي شريعة حمورابي نصت المادة (219) على أنه: ((إذا أجرى طبيب عملية جراحية خطرة لشخص حر بمدية من البرونز وتسبب في موته أو تسبب في فقء عينه بمدية البرونز هذه قطعت يد الطبيب))، وتنص المادة (220) من نفس هذه الشريعة ((على مساءلة الطبيب في حالة ما إذا تسبب في وفاة رقيق من الأرقاء بتعويض سيد هذا الرقيق عما لحقه من ضرر))[1].

وبعد هذه المرحلة اتسم الطب بالطابع الديني نظراً لانحصار ممارسته في يد الكهنة في سائر فروعه، ونتيجة لذلك فقد أخذت المسؤولية الطبية في الضمور والانحلال وعلة هذا الانحلال وذلك الضمور هو أنه عندما تتردى الحضارة وتذوي، ويسود الجهل، وتسيطر الخرافات على عقول الناس يحتكر الكهنة والمشعوذون فن الشفاء بعد مزجه بشيء غير قليل من الدجل والسحر والشعوذة، فيصطبغ هذا الفن الشريف بصبغة دينية ظاهرة تجعل من يباشره بمنأى عن اللوم والمؤاخذة والمساءلة، فإذا نجح الكاهن في علاج المريض وأوصله إلى شاطئ الأمان وبر الشفاء، فذلك فضل ومنّة، وإذا أخفق في علاجه، فإن تلك الخيبة لا شأن للطبيب فيها، بل إن ذلك من أحكام قضاء الله ونوازل القدر، ولا راد لقضائه ولكل أجل كتاب[2].

وقد ظل فن الشفاء في بداية مراحل تطبيقه متصفاً بالطابع الديني إلى أن أولاه

---

(1) الأستاذ عبده حسن الزيات، ترجمة شريعة حمورابي، مجلة القضاء العراقية، ص2، ع5، ص33؛ أشار لها أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، محاضرات لطلبة الماجستير، 87 ـ 1988 غير منشورة، فـ1 ص1.
(2) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظراته السابقة، فـ1 ص1.

اليونانيون عناية خاصة، وقسموه إلى طبابة وجراحة وصيدلة. وهكذا فعل العرب إذ رفعوا شأنه عالياً فارتقى وتقدم، منتشراً عبر الأقطار المجاورة إلى الشرق والغرب[1].

أما موقف الفقه الإسلامي من مسؤولية الأطباء والجراحين، فإن هذه المسؤولية لم تكن معروفة فحسب، بل كان لها من القواعد الدقيقة ما يجعل تنظيمها في جوهره أقرب ما يكون إلى أحدث ما وصلت إليه أرقى الشرائع المدنية في الزمن الحالي[2].

فقد جاء في كتاب زاد المعاد للإمام العلاّمة ابن القيم الجوزية، إذ قال: ((قال الخطابي لا أعلم خلافاً في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامناً، والمتعاطي علماً أو عملاً لا يعرفه، متعدياً، فإذا تولد من فعله التلف ضمن)).. ثم قال: ((طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها ولم تجن يده فتولد من فعله المأذون من جهة الشارع، ومن جهة من يطببه، تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة فهذا لا ضمان عليه اتفاقاً، فإنها سراية مأذون فيها))؛ ثم ضرب لذلك مثلاً فقال: ((وهذا كما إذا ختن الصبي في وقت وسن قابلين للختان وأعطى الصنعة حقها، فتلف العضو أو الصبي، لم يضمن، وكذلك إذا بط من عاقل أو غيره ما ينبغي بطه في وقت على الوجع الذي ينبغي فتلف به لم يضمن، وهكذا سراية كل مأذون فيه لم يتعد الفاعل في سببها)).. ثم قال: ((طبيب حاذق أذن له وأعطى الصنعة حقها، لكنها أخطأت يده وتعدت إلى عضو صحيح فأتلفه مثل أن سبقت يد الخاتن إلى الكمرة فهذا يضمن لأنها جناية خطأ))؛ ثم قال: ((الطبيب الحاذق الماهر بصناعته اجتهد فوصف للمريض دواءً فأخطأ في اجتهاده فقتله، فهذا يخرج على روايتين إحداهما أن دية المريض في بيت المال، والرواية الثانية أن دية المريض على عاقلة الطبيب، وقد نص عليهما الإمام أحمد في خطأ الإمام والحاكم))؛.. قال: ((طبيب حاذق أعطى الصنعة حقها فقطع سلعة (أي ورماً في الرأس) من رجل أو صبي أو مجنون بغير إذنه أو إذن وليه، أو ختن صبياً بغير إذن وليه فتلف، فقال أصحابنا يضمن لأنه تولد من فعل غير مأذون فيه، وإن أذن له البالغ أو ولي الصبي والمجنون لم يضمن، ويحتمل أن لا يضمن مطلقاً لأنه محسن، وما على المحسنين من سبيل، وأيضاً فإنه إن كان متعدياً فلا أثر لإذن الولي في إسقاط الضمان، وإن لم يكن متعدياً فلا وجه لضمانه، فإن قلت هو متعد عند عدم الإذن، غير متعد عند الإذن، قلت العدوان وعدمه، إنما يرجع إلى فعله هو فلا أثر للإذن وعدمه فيه وهذا موضع نظر[3].

---

(1) خليل جريج، الخطأ المهني في نطاق العمل الطبي، مجلة القضاء والتشريع التونسية، بدون سنة وعدد، 1964، ص18.

(2) د. وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، ص12، ع4 و5، 1942 ص383.

(3) زاد المعاد في هدى خير العباد، للإمام العلاّمة ابن القيم الجوزية، ج3، ص101 ـ 110.

وجاء في الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية: ((فالطبيب يضمن في ماله ما تلف بعلاجه نفساً وطرفاً لحصول التلف المستند إلى فعله،.. وإن احتاط واجتهد وأذن المريض، لأن ذلك لا دخل له في عدم الضمان هنا لتحقيق الضمان مع الخطأ المحض))[1].

وورد في جامع الفصولين: ((ليس على فصاد وبزاغ وحجام[2] ضمان السراية لو لم يقطعوا زيادة على قدر معهود مأذون فيه، فلو شرط عليهم العمل السليم عن السراية بطل الشرط إذ ليس في وسعهم ذلك، ولو شرط على الفصاد عمل لا يسري صح لأنه في وسعه كذا، ولو شرط على حجام وبزاغ وفصاد وختان عمل لا يسري بطل الشرط إذ ليس في وسعهم، إذ لا يمكن التحرز عن السراية لأنها تبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم)) [3].

وقد جاء في كتاب المغني لابن قدامة: ((ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا مطبب إذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيديهم)). وجملته أن هؤلاء إذا فعلوا ما أمروا به لم يضمنوا بشرطين: أحدهما أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم ولهم بها بصارة ومعرفة لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحل لهم مباشرة القطع وإذا قطعوا مع هذا كان فعلاً محرماً فيضمن سرايته كالقطع ابتداءً، الثاني: أن لا تجني أيديهم فيتجاوزوا ما ينبغي أن يقطع، فإذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا لأنهم قطعوا قطعاً مأذوناً فيه فلم يضمنوا سرايته كقطع الإمام يد السارق. وجاء فيه أيضاً: ((وإن ختن صبياً بغير إذن وليه أو قطع سلعة[4] من إنسان بغير إذنه أو من صبي بغير إذن وليه فسرت جنايته ضمن، لأنه قطع غير مأذون فيه))[5].

وورد في مبسوط السرخسي: ((وإذا حجم الحجام بأجر أو بزغ البيطار أو حقن الحاقن بأجر حراً أو عبداً بأمره، أو بط قرحة فمات من ذلك فلا ضمان عليه، بخلاف القصار إذا دق فخرق لأن المستحق عليه هناك العمل السليم عن العيب، وذلك في مقدور البشر، فالجرح فتح باب الروح والبرء بعده بقوة الطبيعة على دفع أثر الجراحة، وليس في ذلك مقدور البشر فلا يجوز التزامه.. وإنما الذي في وسعه إقامة العمل بجده وقد أتى

---

(1) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، للشهيد السعيد زين الدين الجبعي العاملي، ج2، ص418.

(2) الفصاد: الذي يشق العرق ويسحب الدم، يقال فصد المريض: شق عرقه، وافتصد العرق: شقه؛ والبزاغ: هو البيطار، يقال بزغ الحاجم: شق وشرط، وبزغ دمه: أساله؛ د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد، دار الكتاب، بدون سنة طبع، ص490 هامش1.

(3) جامع الفصولين، ج2، ص133؛ نفس المعنى: الفتاوى البزازية على هامش الفتاوى الهندية، ج5، ص89.

(4) السلعة: هي زيادة تحدث في البدن كالغدة تتحرك إذا حركت، وقد تكون من حمصة إلى بطيخة، وقد تكون السلعة ورماً في الرأس، راجع: د. وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المقال السابق، ص384، هامش1.

(5) المغني لابن قدامة، ج5، ط3، ص49-491.

به فلا يضمن إلا أن يخالف لمجاوزة الحد أو يفعل بغير أمره فيكون ضامناً حينئذ. توضيح الفرق، أن السراية لا تقترن بالجرح ولكنه يكون بعدها بزمان ضعف الطبيعة عن دفع أثر الجراحة وتوالي الآلام على المجروح، وهذا كله بعد أن يصير العمل مسلماً إلى صاحبه ويخرج عن الضمان))[1].

يتبين من ذلك أن الإمام السرخسي يكاد يصرح بأن التزام الحجام أو الختان أو الطبيب التزام ببذل عناية لا يضمن إلا حُسْن القيام بالعمل الذي التزم في القيام به ولا عليه بعد ذلك ما قد يحدث عن فته هذا من مضاعفات سيئة وعواقب وخيمة قد تودي بحياة المريض أو الصبي[2].

وجاء في كتاب مجمع الضمانات لابن محمد البغدادي: ((الفصاد والبزاغ والحجام لا يضمنون بسراية فعلهم إلى الهلاك إذا لم يجاوزوا الموضع المعتاد المعهود المأذون فيه وهي معروفة، ولو شرط عليهم العمل السليم عن السراية بطل الشرط، إذ ليس في وسعهم ذلك؛ هذا إذا فعلوا فعلاً معتاداً ولم يقصروا في ذلك.. أما لو فعلوا بخلاف ضمنوا، فإن قطع الختان الجلدة والحشفة، إن لم يمت من ذلك كان عليه كمال الدية، وإن مات من ذلك كان عليه نصف الدية، وإنما وجب كمال الدية إذا برئ والنصف إذا مات، لأنه إذا مات فالتلف عليه حصل بفعلين قطع الجلدة وقطع الحشفة وأحدهما مأذون فيه، والآخر لا، فتصف الضمان، أما إذا برئ فقطع الجلدة مأذون فيه، فجعل كأنه لم يكن، وقطع الحشفة غير مأذون فيه، فوجب ضمان الحشفة كاملاً وهو الدية وجاء في مجمع الضمانات أيضاً: ((أستأجر حجاماً ليقلع له سناً فقلع، فقال صاحب السن ما أمرت بقلع هذا، كان القول ويضمن القالع ارش السن.. ولو قلع ما أمره انقلع سن آخر متصل بها السن لا يضمن)). وجاء في مجمع الضمانات أيضاً: ((وسئل الحلواني عن صبية سقطت من السطح فانتفخ رأسها، فقال كثير من الجراحين إن شققتم رأسها تمت، وقال واحد منهم إن لم تشقوه اليوم تمت، وأنا أشقه وأبرئها، فشقه، ثم ماتت بعد يوم أو يومين، هل يضمن؟ فتأمل ملياً، ثم قال لا يضمن إن كان الشق بإذن وكان معاداً ولم يكن فاحشاً خارج الرسم، فقيل له إنما أذنوا بناءً على أنه علاج مثلها، فقال ذلك لا يوقف عليه فاعتبر نفس الإذن، قيل فلو كان قال هذا الجرح إن ماتت من هذا الجرح فأنا ضامن، هل يضمن؟ قال لا، إذا أخطأ الختان فقطع الذكر في الختان ضمن، الكحال إذا صب الدواء في عين رجل فذهب ضوؤها لا يضمن كالختان، إلا إذا غلط، فإن قال رجلان إنه ليس بأهل وهذا

(1) كتاب المبسوط، لشمس الدين السرخسي، ج16، ص10 ـ 11.

(2) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظراته السابقة، ف3، ص2.

من خرق فعله، وقال رجلان هو أهل لا يضمن، وإن كان في جانب الكحال واحد وفي الجانب الآخر اثنان ضمن الكحال، لو قال الرجل للكحال داو بشرط أن لا يذهب البصر، فذهب البصر، لا يضمن))[1].

وجاء في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة لعبدالرحمن الجزيري: ((... إذا مات من عمل الطبيب بشرط أن لا يتجاوز الموضع المعتاد وأن يكون قد احتاط لعمله كل الاحتياط المعروف عادة فإن ترك شيئاً من ذلك فأتلف عضواً للمريض أو أماته بسبب ذلك، فإن على ذلك الطبيب المقصر الضمان فيلزمه أن يدفع دية العضو الذي أفسده كاملة إذا برئ المريض، ويدفع نصفها إذا هلك، وسبب ذلك أنه في الحالة الأولى قد أفسد عضواً كاملاً لا يتجزأ فعليه ديته كاملة وفي الحالة الثانية أتلف نفساً بسببين: أحدهما مأذون فيه وهو إجراء العملية للمريض؛ والثاني: غير مأذون فيه وهو تجاوز المحل المعتاد وعدم الحيطة، فلهذا كان عليه النصف))[2].

وجاء في كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ((... وأما الطبيب وما أشبهه إذا أخطأ في فعله وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفي ما له فيما دون الثلث، وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية، قيل في ماله وقيل على العاقلة))[3].

وجاء في كتاب شرح فتح القدير: ((... وإذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك. وفي الجامع الصغير.. حجام حجم عبداً بأمر مولاه فمات فلا ضمان عليه.. فإنه لا يمكنه التحرز عن السراية لأنه يبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل))[4].

وجاء في كتاب رد المختار: ((ولا ضمان على حجام وبزاغ)) أي بيطار و(فصاد) لم يجاوز الموضع المعتاد، فإن جاوز الموضع المعتاد ضمن الزيادة كلها، إذا لم يهلك المجني عليه، (وإن هلك ضمن نصف دية النفس) لتلفها بمأذون فيه وغير مأذون فيه فيتنصف، ثم فرع عليه بقوله: ((فلو قطع الختان الحشفة وبرئ المقطوع تجب عليه دية

---

(1) مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، لابن محمد البغدادي، ط1، مصر 1308هـ، ص47 ـ 48.

(2) كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، لعبدالرحمن الجزيري، ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة طبع، ص147.

(3) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للإمام ابن رشد القرطبي، الشهير بابن رشد الحفيد، ج2، دار الفكر، مكتبة الخانجي، بدون سنة طبع، ص194.

(4) شرح فتح القدير، للإمام كمال الدين محمد بن عبدالواحد المعروف بابن الهمام الحنفي، ج7، ط1، مصر 1317هـ، ص206.

كاملة)) لأنه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو كامل كاللسان (وإن مات فالواجب عليها نصفها) لحصول تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة فيضمن النصف، ولو شرط على الحجام ونحوه العمل على وجه لا يسري لا يصح لأنه ليس في وسعه إلا إذا فعل غير المعتاد فيضمن))... ثم قال: (سئل صاحب المحيط عن فصاد قال له غلام أو عبد افصدني ففصده فصداً معتاداً فمات بسببه، قال تجب دية الحر وقيمة العبد على عاقلة الفصاد لأنه خطأ، وسئل عمن فصد نائماً وتركه حتى مات من السيلان، قال يجب القصاص)) [1].

وجاء في كتاب الشرح الكبير: ((... وكذا الختان والطبيب فلا ضمان إلا بالتفريط فإذا ختن الختان صبياً أو سقى الطبيب مريضاً دواء أو قطع له شيئاً أو كواه فمات فلا ضمان إذا كان الطبيب من أهل المعرفة ولم يخطئ)) [2].

وجاء في نهاية المحتاج: ((ومن عالج كأن حجم أو فصد بإذن ممن يعتبر إذنه فأفضى إلى تلف لم يضمن وإلا لم يفعله أحد)) [3].

يتبين ما سبق من النصوص أن فقهاء الشريعة الإسلامية يشترطون لتدخل الطبيب أو الجراح أن يكون هذا التدخل بناءً على إذن المريض أو وليه إن كان قاصراً أو من في حكمه[4]، فليس من حق الأطباء أن يتولوا علاج الناس بغير رضاهم؛ فلو أراد شخص أن يبقى مريضاً بغير علاج، فلا يمكن إرغامه على أن يعالج نفسه[5] ويجب أن يصدر الإذن ممن هو أهل له بأن يكون بالغاً عاقلاً، وأن يعطي الإذن وهو على بينة من أمره؛

(1) رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، في فقه مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، حاشية العلاّمة ابن عابدين، ج5، ص58.

(2) الشرح الكبير من حاشية الدسوقي، ج4، ص28.

(3) نهاية المحتاج، ج8، ص32.

(4) محمد أبو زهرة، مسؤولية الطبيب في الفقه الإسلامي، المقالة الثانية، مجلة الإسلام، س2، ع12، شعبان 1368هـ، مايو 1949م، ف10 ص56؛ د. أحمد محمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، المجلد 20، ج2، مطبعة الأزهر، محرم 1367هـ/1948م، ص47.

(5) ويستثنى من ذلك بعض حالات الأمراض المعدية حيث تحتم القوانين الصحية إبلاغ الصحة عنها لتتولى علاج المرضى وعزلهم عن مخالطتهم للآخرين، ولا يوجد في قواعد الشريعة مانع يمنع من هذا الإجراء، راجع في ذلك: د. أحمد محمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء المرجع السابق، ص47؛ وقارن د. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط2، 197، ف18، ص50؛ كما ويستثنى من ضرورة الحصول على إذن المريض أو وليه الحالات العاجلة باعتبار أن الضرورات تبيح المحظورات، أو لأن هذا الاستثناء يقتضيه العُرف أو المصلحة، فالحالات التي تستوجب الإسعاف السريع لا يمكن انتظار الحصول على الإذن، لما في ذلك من الخطورة على حياة المريض، على الأطباء القيام بالعلاج المطلوب والمسؤولية عن أعمالهم في هذه الحالة تطبيقاً لقاعدة فقهية وهي ((جريان العُرف مجرى النطق). راجع: د. عبدالله محمد الجبوري، مسؤولية الأطباء عن أعمالهم المهنية في الفقه الإسلامي، مجلة الرسالة الإسلامية، العددان 178-169، السنة السابعة عشرة، نيسان 1984، ص109.

فإذا تدخل الطبيب أو الجراح بدون إذن المريض، وبدون ضرورة تستوجب الإسعاف السريع، قامت مسؤوليته لخروج عمله من دائرة الإباحة إلى دائرة التعدي. ويضمن الضرر لأنه نشأ عن فعل غير مأذون فيه، لأن الأصل أنه إذا تخلف شرط من شروط إباحة التدخل الطبي أو الجراحي نهضت مسؤولية الطبيب أو الجراح عن الضرر الذي لحق بالمريض (أو بذويه) ويطلق الفقه الإسلامي على هذا الضرر (السراية أي ما ينجم عن تدخل الطبيب من ضرر) لذلك يضمن الطبيب أو الجراح الضرر الناتج عن فعله إذا كان جاهلاً أو غير مأذون فيه، ويطلق الفقه الإسلامي على هذا بصفة عامة (إذا جاوز حدوده أو جاوز الموضع المعتاد المعهود المأذون فيه).

إذاً أساس عدم مسؤولية الطبيب أو الجراح، هو كونه مأذوناً له من قبل ولي الأمر أو الجهة التي يخولها كوزارة الصحة في العصر الحاضر، وكونه مأذوناً له من المريض أو ممن يتولى أمره، وكون الأعمال التي قام بها هذا الطبيب أو ذلك الجراح موافقة للقواعد الطبية والأصول الفنية التي تقتضيها أصول المهنة، وقد بذل الطبيب أقصى ما يستطيع من جهد بقصد نفع المريض والوصول به إلى شاطئ الأمان والشفاء، ولم يحصل منه خطأ فاحش أو تقصير أو إهمال فإن اختل شرط من هذه الشروط فإن الطبيب أو الجراح يكون مسؤولاً عن التلف الذي يصيب جسد الإنسان من جراء تدخله[1].

وقد يرتكب الطبيب أو الجراح خطأ في العلاج أو الجراحة كأن يصف للمريض دواء لا يناسب الداء أو العلة التي ابتلي بها المريض، وهو يعتقد أن في هذا الدواء الشفاء فيترتب عليه موت المريض أو تلف عضو من أعضاء جسده، أو يظن أن علاج المريض يستوجب قطع عضو من أعضاء جسمه، ويتبين أن علاج هذا العضو لا يقتضي البتر أو القطع، وإنما يمكن معالجته من دون هذا القطع، فيصيب الجسم تلف ناتج من الخطأ الذي اقترفه الطبيب أو الجراح. فالظاهر من النصوص والمبادئ السابقة التي قال بها الفقهاء المسلمون أنه لا ضمان على هذا الجراح أو ذلك الطبيب في هذه الحالة ما دام مأذوناً له وغير ممنوع من ممارسة عمله وأعطى الصنعة حقها وبذل الجهد والمسعى المطلوبين فأخطأ ولم يقع منه إهمال أو تقصير، فهذا خطأ في الاجتهاد شأنه كشأن المجتهد إذا اجتهد فأخطأ فإنه مثاب وهذا الفعل وإن كان مقصوداً لا يعتبر جريمة لكونه غير معصية ولم يتوفر فيه ركن الاعتداء بل هو مشروع ومأمور به القول بالضمان في مثل هذه الحالة يؤدي إلى امتناع الأطباء عن المعالجة فيلحق الجماعة ضرر،

(1) د. عبدالله محمد الجبوري، مسؤولية الأطباء عن أعمالهم المهنية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص102.

ويبدو أن الفقهاء المسلمين يعتبرون ذلك من قبيل الخطأ غير الفاحش، لأن الضمان يترتب على الخطأ الفاحش دون الخطأ غير الفاحش[1].

ويقول الدكتور عبدالله محمد الجبوري في هذا الصدد: ((وقد وردت في كتب الفقه الإسلامي نصوص بعضها يفيد عدم الضمان في الخطأ مطلقاً، وبعضها يوجب الضمان في الخطأ مطلقاً بدون تفريق بين الفاحش وغير الفاحش، وينبغي حمل النصوص التي تفيد عدم الضمان على الخطأ غير الفاحش، والنصوص التي تفيد الضمان على الخطأ الفاحش، لأن الخطأ هذا هو الذي يتفق مع الأمثلة التي ساقها الفقهاء القائلون بالضمان في الخطأ فكلها من قبيل الخطأ الفاحش، وهو الذي يتماشى أيضاً مع المبادئ الفقهية)).

قال ابن القيم: ((لا ضمان على الطبيب في الخطأ لقوله ﷺ ((من تطبب ولا يعمل منه طب فهو ضامن)) فهو يدل بمفهومه على أنه إذا كان طبيباً وأخطأ في تطبيبه فلا ضمان عليه. وقال ابن سريج الفقيه الشافعي: ((إن عرف الطبيب الطب وأخطأ لم يضمن)) والمقصود بهذا الخطأ غير الفاحش، وأساس الإعفاء فيه، هو أن الطبيب قد اجتهد وبذل أقصى ما يستطيع من جهد فأخطأ، أما إذا لم يجتهد فإنه يكون آثماً ولا يكون موضعاً للإعفاء. والخطأ الفاحش هو الذي يقع نتيجة إهمال من الطبيب يمكن الاحتياط منه والحذر من نتائجه ولم يفعل ذلك، أو أن المعالجة التي قام بها لا تقرها أصول من الطب ولا يقرها أهل الصنعة))[2].

وصور الخطأ الفاحش هي جميع صور التقصير التي يرتكبها بعض الأطباء أو الجراحين، كأن يجري عملية جراحية لا يتبع فيها أصول الجراحة أو يجريها قبل أن تقوم بالفحوصات الطبية الضرورية المطلوبة، مثل التأكد من خلو معدة المريض من الطعام، وفحص الأنسجة والتحليل المختبري للدم والبول وتحليل اليوريا وتحليل للكلسترول وإجراء تخطيط للقلب؛ وغير ذلك من صور التقصير التي قد تؤدي إلى تلف أو إضرار بجسد المريض، فعلى الطبيب الضمان فيها لوجود التعدي، والفقهاء متفقون على الضمان عند وجود التعدي.

ويتبين لنا كذلك من أقوال الفقهاء المسلمين، إن هؤلاء الفقهاء أجمعوا على أن التزام الطبيب أو الجراح التزام ببذل عناية (التزام بوسيلة) وليس التزاماً بتحقيق غاية (التزاماً بنتيجة)، فالطبيب إذا ما كان حاذقاً في عمله وفنه وصناعته وله في هذه الصناعة وذلك العمل والفن معرفة وبصر، فهو إذا ما بذل الجهد الذي يبذله طبيب أو

---

(1) د. عبدالله محمد الجبوري، مسؤولية الأطباء عن أعمالهم المهنية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص103.
(2) د. عبدالله محمد الجبوري، مسؤولية الأطباء عن أعمالهم المهنية في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص104.

جراح مثله وجد في مثل ظروفه، ليس عليه أن يشفي المريض أو تستأثر به رحمة الله[1].
والتزام الطبيب الذي يقول به الفقهاء المسلمون، كما هو مقرر تماماً في الفقه الحديث، وهو أحدث ما وصلت إليه أرقى الشرائع المدنية؛ فهؤلاء الفقهاء عرفوا طبيعة التزام الطبيب أو الجراح وذهبوا إلى أننا هنا في صدد التزام بوسيلة ولسنا في صدد التزام بنتيجة، كما يقول فقهاء القانون الوضعي الآن، وتكاد نصوصهم تكون صريحة في هذا؛ فيقول ابن حزم في هذا الصدد: ((ولا تجوز مشارطة الطبيب على البرء أصلاً لأنه بيد الله تعالى لا بيد أحد وإنما الطبيب معالج ومقوٍّ للطبيعة بما يقابل الداء ولا يعرف كمية قوة الدواء من كمية قوة الداء فالبرء لا يقدر عليه إلا الله تعالى))[2].

وصاحب جامع الفصولين يقول بشأن تحديد طبيعة التزام الطبيب: ((... فلو شرط عليهم العمل السليم عن السراية بطل الشرط إذ ليس في وسعهم ذلك)). ويقول السرخسي في مبسوطه: ((... لأن المستحق عليه هناك العمل السليم عن العيب، وذلك في مقدور البشر يصح التزامه بالعقد)).

وجاء في الفتح القدير: ((... إن التحرز عن السراية غير ممكن لأنها تبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم وعلى المجهول، والاحتراز عن المجهول غير متصور، فلا يمكن التقيد بالمصالح من العمل وإلا أحجم الناس عن ممارسة العمل الطبي أو الجراحي مع مساس الحاجة إليه))[3].

فالفقه الإسلامي يقرر أن عمل الطبيب أو الجراح لا يتقيد بشرط السلامة، وهذا ما يطلق عليه في الفقه الحديث أن التزام الطبيب إنما هو التزام بوسيلة وليس التزاماً بنتيجة، ومفاد ذلك أن ما دام أن فن الشفاء فن تخميني وأن العمل الطبي أو الجراحي يتصف بالطبيعة الاحتمالية، فإن الطبيب أو الجراح لا يلتزم بشفاء المريض أو بضمان سلامته من مخاطر هذا العمل، إذ ليس في وسعه ذلك، لأن ذلك ليس في مقدور البشر فلا يجوز التزامه[4]؛ إذ إن سائر أبواب الطب من الأعمال المظنونة، فهي معرضة للنجاح والفشل، فكل ما يطلب من الطبيب أو الجراح هو ذلك الجهد الذي يبذله طبيب مثله وجد في مثل ظروفه، ولا عليه بعد ذلك أن يشفى المريض أو يلقى حتفه.

وقد أجازت الشريعة الإسلامية الجراحة التجميلية، فقد روي أن عجرفة بن سعد أصيب أنفه يوم كلاب فأنتن، فأمره النبي ﷺ أن يتخذ أنفاً من ذهب[5].

---

(1) استاذنا د. حسن علي الذنون، نظراته السابقة، ف3، ص3.
(2) ابن حزم، المحلى، مجلده 5، ج دار الفكر، بدون سنة طبع، ص196، مسألة 1310.
(3) فتح القدير، المرجع السابق، ص206؛ قارن د. أحمد محمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء، المرجع السابق، ص46.
(4) هناك بعض الاستثناءات، مثل نقل الدم والأمصال والأعمال المختبرية التي سوف نبحثها فيما بعد.
(5) سنن أبي داود لحافظ المنذري ومعالم السنن لأبي سليمان الخطابي، ج4، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة طبع، ص92.

وقد جاء في الفتاوى الخانية: ((إذا أراد أن يقطع إصبعاً زائدة أو شيئاً آخر قال أبو نصر رحمه الله إن الغالب على من قطع مثل ذلك الهلاك فإنه لا يفعل لأنه تعريض النفس للهلاك؛ وإن كالب الغالب هو النجاة فهو في سعة من ذلك))[1].

وجاء في المهذب: ((ولمستغل بأمر نفسه وهو الحر البالغ العاقل قطع سلعة وهي خراج كهيئة الغدة يخرج من بين الجلد واللحم يكون من الحمصة إلى البطيخة وله فعل ذلك بنفسه وبنائبه لأن له عرضاً غرضاً في إزالة الشين إلا سلعة مخوفة قطعها))[2].

فإن كان في هذا القطع خطورة يؤدي إلى هلاك النفس فحينئذ يكو ممنوعاً لقوله تعالى: ﴿ تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ ﴾[البقرة: 195]. وكذلك لكل من الرجل والمرأة قطع الإصبع الزائدة من ولده إلا أن يخاف التعدي أو وهناً في اليد، ولا ضمان عليهما لو هلك من جراء ذلك على القول الراجح عند الفقهاء لأنها معالجة ولهما ولاية المعالجة[3].

يتبين من ذلك أن جراحة التجميل جائزة عند الفقهاء المسلمين، ولا يضمن الطبيب إذا كان مأذوناً ولم يقع منه تقصير أو تعد وكان الغالب من إجراء هذه الجراحة عدم الهلاك، وكانت الجراحة موافقة للقواعد والأصول الطبية التي رسمها مهرة الأطباء الجراحين من إعلام المهنة.

أما في فرنسا فقد بدأت دراسة الطب في نطاق ضيق إبان حكم الإمبراطور شارلمان، ثم توسع مجالها بسبب اتصال الصليبيين بالعرب، وعندما أنشئت جامعة لوفين عام 1925 اقتصر جهازها التعليمي على طبيب واحد، وتزايد بعدئذ مع تطور الزمن. بيد أن فن الجراحة ظل مهملاً وعلة ذلك أنه في بداية أمره تولاه الحلاقون الذين كان لهم حق الانتساب إلى الجامعة للتدرب على أعمال الجراحة ولم ترتفع منزلة هذا الفن ولم ترق إلى منزلة الطبابة إلا إبان الثورة الفرنسية[4].

ومن البديهي أن ترافق حركة تطور الفن الطبي والجراحي مظاهر مختلفة في تحديد واجبات الطبيب أو الجراح ومسؤوليته، سواء من الناحية الأخلاقية، أو الجنائية أو المدنية، والذي يهمنا هنا الناحية المدنية وقواعدها الأساسية وأوجه تطبيقاتها العملية في ضوء ما توصل إليه العلم والاجتهاد القضائيان، وخصوصاً في فرنسا ومصر وإنكلترا، لأن الاجتهاد القضائي العراقي في هذا الموضوع كان لا يزال فقيراً نظراً لقلة القضايا التي عرضت على المحاكم المدنية العراقية، إذ إن معظم القضايا التي

---

(1) الفتاوى الخانية، ج3، ص409.

(2) المهذب، ج2، ص200، نقلاً عن د. عبدالله محمد الجبوري، المرجع السابق، ص112.

(3) الفتاوى الخانية، ج3، ص409.

(4) خليل جريج، الخطأ المهني في نطاق العمل الطبي، المرجع السابق، ص18.

عرضت على القضاء العراقي بحق الأطباء كانت ترتكز على المسؤولية الجنائية المنبعثة عن جرائم الخطأ والتسبب بالقتل أو الأذى أو إفشاء سر المهنة أو الإجهاض وإن أغلبها لم يصل إلى المحاكم بل اقتصر عرضها على مجلس الانضباط العام.

ثانياً: أهمية الموضوع

إذا كان الفكر البشري قد عرف منذ أمد بعيد المسؤولية القانونية للأطباء عن أخطائهم العمدية، فإن هذه المسؤولية لم تحظ في يوم من الأيام بمثل هذا الاهتمام البالغ الذي تواجهه في عصرنا الحالي. ويعد موضوع المسؤولية المدنية من الموضوعات التي حظيت بها الدراسات والبحوث القانونية كثيراً، حيث أولاها الفكر القانوني اهتماماً خاصاً سواء من الناحية الفقهية أو التشريعية أو القضائية؛ وسبب اهتمام الفكر القانوني فيها وإعطائها العناية الفائقة بها هو اتصالها بالسلوك الإنساني باعتبارها نتاجاً لهذا السلوك بين الأفراد سواء في المجتمعات الصغيرة أو الكبيرة، فهي مرآة تنعكس على سطحها حالات الحياة الاجتماعية والاقتصادية والثقافية لمجتمع بعينه، بحيث تصبح هذه المسؤولية تعبيراً عن الوضع الحضاري في زمن ما لمجتمع بذاته. وقد تفاعلت فكرة المسؤولية مع أي تطور جديد أو تقدم لحق بالمجتمع البشري في مسيرته فأثرت فيه وتأثرت به سواء من الناحية الاجتماعية أو العلمية، ولوحظ ذلك جلياً في القرن التاسع عشر إبان النهضة الصناعية حتى الثلاثينيات من القرن العشرين، وقد أثر التقدم العلمي في حركة المجتمع الإنساني، فأصبح من المتعين على الفكر القانوني أن يواكب هذا التقدم وأن يلحق بالحركة السريعة للمجتمع، لأن تخلفه عن اللحاق بالركب والعجز عن متابعة التطور يترتب عليه فراغ كبير يستشعره الجميع، ويخشى من جراء وجوده واستمراره أن تتوزع العلاقات الاجتماعية وتتشتت وتضيع في هذا الفراغ بغير انضباط مع غياب الفكر القانوني بأحكامه ونظرياته وقاعدته التي تحكم وتسيطر وتحرس مسيرة تقدم ونهضة الشعوب في أمان وطمأنينة وعدالة؛ وفي حالة غياب الفكر القانوني عن ساحة التطور والتقدم يختل التوازن وتضيع المعايير وترتبك القيم والمفاهيم، والتوازن هو لباب القانون.

وقد ترتبت نتيجة التطورات العلمية آثار بالغة الأهمية في نواحي الحياة المختلفة، ويصدق هذا القول على الفترة التي عاصرتها الثورة الصناعية في العالم الغربي والثورات الصناعية المتعددة التي شهدها النصف الثاني من القرن العشرين، إذ حدثت طفرات علمية كبيرة في عالم التقنية الحديثة، فكل شيء تغير أو هو ذاهب حتماً إلى التغيير والتبديل، وبذلك أصبح للعلوم الطبيعية القدر الأعلى في حياة البشرية، كما أثر ذلك في ترتيب العلاقات الاجتماعية، وكان لزاماً على العلوم الإنسانية أن تلحق بالتقدم

العلمي، وأن تعدل باضطراد أوضاعها وأفكارها بما يتيح للإنسان أن يوظف التقدم العلمي لفائدته على أوسع نطاق ممكن. ومن الملاحظ في هذا الإطار أن العلوم الطبيعية، تسبق في كثير من الأحيان العلوم الإنسانية، مما يخلق قدراً من الصراع بين القيم والمبادئ التي يعيشها المجتمع، فلكل مجتمع قيمه وتراثه وتقاليده، ولكل مجتمع نظامه القانوني الذي يؤسس على تلك القيم والمفاهيم في صورة مجموعة من القواعد المستقرة الآمرة، وعدد ثابت من المبادئ العامة. وفي ظل هذا التفاوت والتباين بين التقدم العلمي وتطور الفكر القانوني يجد المجتمع نفسه بين قيم متعارضة ومبادئ متنافرة، ويتعين على المجتمع أن يرجح قيمة على أخرى أو مبدأ على آخر، وينطبق مجمل ما سبق على تطور وتقدم العلوم الحديثة وتأثيرها على الإنسان، وعلى جسده أيضاً، باعتباره مركز التنظيم القانوني وغايته.

والمسؤولية الطبية ليست في الواقع، سوى صورة من صور المسؤولية المدنية بوجه عام، فكل خطأ نجم عنه ضرر حاق بالغير يلزم مقترفه بتعويض هذا الضرر أياً كانت مهنته أو مركزه؛ وتترتب المسؤولية الطبية نتيجة الخطأ الذي يقترفه الطبيب أو الجراح أو نتيجة إهماله وعدم احترازه، بل حتى نتيجة جهله من الوجهة العلمية.

وإذا كانت المسؤولية الطبية المدنية صورة من صور المسؤولية المدنية بوجه عام، فإنها مع ذلك تكتسب أهمية خاصة، وتتأتى هذه الأهمية من حيث إن الطبيب أو الجراح يمارس فناً من أنبل الفنون، ويحتاج لكي يقوم بفنه على أكمل وجه إلى قدر كبير من الحرية والثقة والاطمئنان، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن العمل الطبي يتعلق بحياة مريض أو سلامته الجسمية، وحياة الإنسان وسلامة جسده من أثمن القيم التي تحرص المجتمعات المتطورة على حمايتها، والتي تعتبر من الأمور المتعلقة بالنظام العام.

وتقدم العلوم الطبية من موضوع مسؤولية الأطباء والجراحين مادة للبحث المتجدد، فقد أدى التطور إلى اقتراب مشرط الجراح، أو أجهزة الفحص الطبي من جسم الإنسان أكثر فأكثر، وهذه الأجهزة وذلك المشرط من أكبر نعم الله على الإنسانية، وهذا المشرط وتلك الأجهزة ليست فيها تلك القوة الذاتية الهائلة، فالطبيب يتحكم فيها كما يتحكم في يده ذاتها؛ واقتراب مشرط الجراح ومعدات الفحص من جسد الإنسان، لم يكن، إلا من أجل العلاج والوصول بالمريض إلى بر الشفاء، لذلك، فقد أثار التقدم والتطور العلمي والطبي العديد من المشاكل القانونية والإنسانية التي لم تكن معروفة من قبل. بل لقد وصلت سرعة التطور في عالم الطب إلى حد أنه لا يمر عامٌ دون أن تحدث مفاجأة جديدة تهتز لها مشاعر الناس، وتثير الجديد والعديد من

المشاكل القانونية، فبدأ من زراعة الكلى، ومروراً بزراعة القلوب، ووصولاً إلى أطفال الأنابيب، ثارت مشاكل وظهرت احتمالات عديدة، وسبب هذه المشكلات، هو أن بدن الإنسان هو ذلك المهبط المادي للحياة ذاتها، فهو عبارة عن مجموعة من الأعضاء والأنسجة التي تتولى الوظائف الحيوية بالنسبة لبقاء الإنسان سواء أكانت هذه الوظائف من ذلك النوع الفسيولوجي أم من النوع العقلي أو النفسي، ولذلك فإن أوجه ممارسة الحياة، في صورتها المثالية، يستلزم كما ممارسة الجسم لوظائفه بشكل تام، فإذا أصيب عضو من أعضاء الجسد، اشتكى عضو آخر وإذا اشتكى عضو، تداعت سائر أعضاء الجسد، لذلك ينطوي مبدأ حماية جسد الإنسان على الحياة ذاتها ولذلك تعرب التشريعات بأن أي اعتداء أو مساس بجسد الإنسان، يهدد الحد الأدنى اللازم لاستمرار الحياة، يقع تحت طائلة القوانين الجنائية والمدنية، كما أن أي اعتداء أو مساس يعرقل الوظائف المادية أو العقلية أو النفسية للإنسان، يتعين حظره[1]، فمبدأ حماية جسد الإنسان يستهدف الحياة وتدعيم الحصانة الفردية للفرد، هذا من جهة، فإن إقرار مبدأ حماية جسم الإنسان يتعين أن يتفق مع هدف حماية الحياة وتدعيم صحة الفرد من جهة أخرى. وهنا يلوح الأساس المقنع لتجويز المساس بجسم الإنسان لاعتبارات صحية، وبالتالي يفتح الباب أمام أوجه العلاج المتعددة، سواء تجسدت في إعطاء العقاقير الطبية المختلفة، أو تبلورت في إجراء العمليات الجراحية المتنوعة، ودرجات خطورتها المتفاوتة.

ولم يكن أمر المسؤولية الطبية، منذ أن وجدت، بالأمر الهين، فهي ـ كما نوهنا سابقاً ـ ترتبط بالمساس بجسد الإنسان، وبدن الإنسان لا ينفصل عن عواطفه ومشاعره، بل إن المساس بالجسد لا يستقل عن وجهة نظر خاصة يضعها كل إنسان لنفسه، يقدرها تقديراً ذاتياً، وقد لا يقبل في ظروف معينة، تقديراً آخر سوى هذا التقدير، ويضاعف هذا الاعتبار تعقيد المشاكل القانونية للتدخل الطبي بالجسد، فالمريض في ظروف الخطر قد يختلف تقديره للأمور عن تقدير طبيبه، دون أن نستطيع إخضاع تقدير المريض لمعيار موضوعي حاسم، هذا من جهة، فإن مشكلة الرابط بين الطبيب ومريضه هي مشكلة العلاقة الإنسانية، قبل أن تكون مشكلة الرابطة القانونية من جهة أخرى. لذلك قيل بحق أن المسؤولية الأخلاقية للطبيب تبدأ قبل أن تبدأ مسؤوليته القانونية.

(1) محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم، مقال، مجلة القانون والاقتصاد س298، س29، ع3، 1959، ف6، ص537؛ الطحان، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد 1976، مطبوعة بالرونيو، ص1 وما بعدها.

لقد كانت الصلة بين المريض وطبيبه صلة تبنى على أساس من الثقة والصداقة، فلم يكن للعائلة غير طبيب واحد يعرفه أفراد الأسرة معرفة خاصة ويثقون به وبفنه الطبي، وفي مثل هذه الحالة لا يكون من المستساغ والمقبول أن يوضع هذا الطبيب الثقة، (طبيب العائلة الكبير) ذو الحكمة والعاطفة الذي يملك وقتاً يقضيه بجانب المريض[1]، موضع الاتهام والتقصير والمسؤولية، لمجرد فشله في علاج مريضه والوصول به إلى شاطئ الأمان وبر الشفاء، ولاسيما إن كان الموت يحيط بأفراد الأسرة ـ كباراً وصغاراً ـ من كل جانب.

ولم تستمر هذه العلاقة بين الطبيب ومريضه طويلاً، فقد أدى ظهور المجتمع الحديث بضخامته وتطور وسائله الفنية إلى تراخي الصلة الشخصية بينهما، وتلاشت المعرفة الخاصة تدريجياً بظهور المجتمعات المتمدنة، فقد تغيرت الأوضاع تغيراً تاماً واتسعت المجتمعات اتساعاً كبيراً وأفل نجم (طبيب العائلة)، ولم تعد بين الطبيب ومريضه الرابطة الخاصة القائمة على أساس الثقة والصداقة، وخاصة في المدن الكبرى، وضعف الحاجز الذي كان وما زال في بعض القطاعات حائلاً دون الالتجاء إلى القضاء، إذ لا يكاد المريض يعرف الطبيب الذي يلجأ إليه لمعالجته في أغلب الحالات، وإنما يلجأ إليه لتخصصه وسمعته؛ وقد تم التحول الجذري في العلاقة التي كانت قائمة بين الطبيب ومريضه في وقت قطع فيه علم الطب خطوات جبارة في طريق التقدم والرقي.

لقد كان الطبيب الجراح ـ إلى مطلع القرن العشرين هذا ـ عرضة للفشل في معظم العمليات التي يقدم على إجرائها وعلى الأخص قبل اكتشاف المواد المطهرة وبعض أنواع المخدر.

أما في عصرنا الحالي، فقد اكتشفت المضادات الحيوية، واخترعت المعدات الطبية، وأصبح سهلاً ميسوراً ما كان صعباً أو حتى مستحيلاً على الطب قبل مدة لا تزيد كثيراً عن خمسين عاماً، إذ لم يكن من المستغرب ـ قبل نصف قرن من الزمان ـ أن يكون معدل من يموت من جراء العمليات الجراحية كبيرها وصغيرها 50٪، بل لقد كانت نسبة الوفيات بين أولئك الذين يجرون عملية (الفتق) لا تقل عن 75٪، أما أولئك التعساء الذين يقدمون على إجراء عملية فتح عظم الجمجمة فقد كانت نسبة الوفاة بينهم 100٪ إذ لم يكن ينجو منهم أي مريض[2].

(1) ولتر كلهورن، مقاضاة التقصير الطبي في أميركا ونيوزلندا.
Volume 73, Cornell Law Review No. 3, Januart 1988, p. 210.

(2) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظراته السابقة، ف5، ص4.

إن وقتنا هو مرحلة ظهور التوقعات المتعلقة بالعناية الطبية، فالدواء الأعجوبة والإجراءات الجراحية لتحديد الموت، وهندسة الجينات، قد أصبحت تقريباً مادة الصحافة اليومية لقرائها في هذه الأيام، إن النتائج الناجمة لما كان يعتبر فيما مضى عللاً ضائعة، قد أيقظت في العديد من الأشخاص ثقة متحمسة في كفاءة الجهود الجراحية الطبية، ونتيجة لهذا التقدم الملحوظ في علم الطب فقد اتسعت أمامه آفاق المعرفة بصورة مذهلة، وأصبح طب اليوم هو طب المعجزات، فلم يعد هناك أمامه ما يُعرف بالمستحيل، فقد حدثت وثبات كبرى إلى الأمام، تجسدت في صورة القضاء على أوبئة وأمراض عديدة كانت تفتك بالبشرية، كالسل والأمراض الزهرية والجدري، فقد قهر الطب كثيراً من الأمراض المستعصية، مثل الالتهاب السحائي الحاد، وأمراض التدرن والحمى الخبيثة، والتهاب الشعب الرئوية؛ وقد وصل الفن الجراحي إلى أعماق القلب وثنايا المخ، فقد قام مشاهير الجراحين ومهرتهم من أعلام الطب والجراحة بفتح القلوب وإجراء عمليات جراحية دقيقة على مخ الإنسان، مما كان تصوره أو مجرد التفكير فيه ضرباً من ضروب الخيال إلى سنوات خلت؛ ونجح الطب في علاج الأطفال الزرق (حديثي العهد بالولادة) عن طريق تغيير الدم، وصار الأطباء النفسانيون يقومون بتصحيح ما طرأ على العقل من أوجه خلل جسيمة بالإضافة إلى العديد من الأجهزة والوسائل التي اقتحمت أحشاء الإنسان وأنسجته وخلاياه، مثل أشعة أكس، وأشعة الموجات فوق الصوتية (السونار) والميكروسكوبات الإلكترونية وغيرها من الأساليب الأخرى. ظهرت وسائل طبية حديثة أثارت – وما زالت تثير – كثيراً من النقاش والجدل لدى رجال القانون والطب حول مدى مشروعيتها؛ وبظهور هذه الوسائل، تجاوز الطب الحديث حدود الأعمال الطبية التقليدية، إذ أصبح أكثر فاعلية في معالجة الأمراض المزمنة والمستعصية، وفي إنقاذ آلاف البشر من الموت المحقق، إلا أنه أصبح في ذات الوقت أكثر خطورة وتأثيراً، نظراً لخروجه على القواعد القانونية المستقرة التي تحمي حق الإنسان في الحياة وفي سلامة جسمه؛ ومن هذه الأساليب الطبية الفنية الحديثة التي هي نتاج تقدم العلوم الطبية والبيولوجية، الإنعاش الصناعي، والتلقيح الصناعي، وتحول الجنس[1] والتعقيم كأسلوب علاجي وتحسين السلالة الإنسانية، والبحوث والتجارب الطبية على الإنسان؛ وتعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من أهم هذه الأساليب، إذ تستهدف إنقاذ العديد من المرضى المحكوم عليهم بالموت، الذين لا تجدي معهم الوسائل العلاجية التقليدية؛ وقد تخطت

(1) من التشريعات الحديثة التي نظمت عمليات تحول الجنس: القانون الألماني الصادر في 10 أيلول (سبتمبر) عام 1980.

هذه العلميات مرحلة التجارب الطبية ودخلت في مرحلة العلاج الجراحي العادي. وقد تأكد نجاح هذه العمليات حين توصل العلماء عام 1980 إلى اكتشاف عقار جديد يسمى ((سيكلوسبورين أ)) Cyclosporine – A، يساعد العضو الغريب المزروع على البقاء في جسم المريض، ويثبط الجهاز المناعي لجسمه، وبفضل استخدام هذا الدواء الجديد ارتفعت نسبة نجاح عمليات زرع الأعضاء إلى حوالي 80٪ وحقق بذلك آمال آلاف البشر في إنقاذ حياتهم عن طريق عمليات زرع أعضاء لهم[1].

ولم تعد عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تقتصر على نقل وزرع الكلية، بل امتدت لتشمل زرع القلب[2] والبنكرياس والكبد[3].

وقد أصبحت هذه العمليات ـ وخاصة زرع الكلى ـ أمراً واقعاً، وساهمت في إنقاذ العديد من المرضى المصابين بالفشل الكلوي.

ويمثل التطور الطبي في الوقت الحاضر منعطفاً خطيراً وعلى قدر كبير من الأهمية في تاريخ الطب، فقد غدا طب اليوم هو سيد الشفاء والمرض إن صح التعبير بهذا الأسلوب، فإطالة الحياة بالأساليب الصناعية (أجهزة الإنعاش الصناعي)، قد استرعى الانتباه نحو ضرورة وضع معيار جديد للوفاة؛ لم يكتف أطباء اليوم بنقل وزرع الكلى والقلب والكبد وغيرها من الأعضاء البشرية، بل نجحوا في إحياء الأجنة خارج رحم الأمهات للتغلب على المشاكل المزمنة الخاصة بعقم المرأة، وصار هناك العديد من الأدوية التي ثبتت فاعليتها في علاج بعض الأمراض، وأحياناً قد يكون لها آثار جانبية على قدر كبير من الخطورة. وتوصل الطب كذلك إلى إجراء عمليات التجميل التي أخذت تنتشر في الآونة الأخيرة وفي معظم أنحاء العالم وأقطاره وأنقذت المصابين من

---

(1) د. احمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، القاهرة 1986، ط2، ص7.

(2) في أواخر عام 1967، أجرى الدكتور كريستيان برنارد أول عملية نقل وزرع قلب بمستشفى جوهانسبرج في جنوب إفريقيا، وتوالي بعد ذلك إجراء هذه العملية بنجاح في كثير من دول أوروبا الغربية وأمريكا، ونظراً لصعوبة الحصول على القلب البشري، ورغبة في إنقاذ العديد من المرضى من خطر الموت، أجرى الأطباء عام 1984 أول عملية زرع قلب صناعي لأول مريض هو طبيب الأسنان الأمريكي (بارني كلارك)، ولم يعش هذا المريض بقلبه الصناعي أكثر من 111 يوماً، راجع: مجدي فهمي، خلافات حول زراعة الأعضاء، مقال عالم الغد، جريدة الأخبار، في 1985/7/3، نقلاً عن د. احمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص7 هامش 2.

(3) أجرى د. ب والش، في أواخر عام 1964، أول عملية زرع كبد في الإنسان، وعاش بعدها المريض لمدة 16 يوماً، ثم توالت بعد ذلك إجراء عمليات نقل وزرع الكبد، ففي عام 1974 تم إجراء 227 عملية زرع كبد في كثير من الدول، لم ينجح منها سوى 15 عملية، وأطول مدة عاشها المريض في هذه العمليات بلغت خمس سنوات، ومع بداية عام 1980، ارتفعت نسبة نجاح هذه العمليات فأصبح بمعدل نجاح 9 عمليات من بين 18 عملية، وبلغ متوسط الفترة التي عاشها المريض بعد العملية من 14 شهراً إلى خمس سنوات، وعمليات زرع الكبد تعد من الوسائل العلاجية الحديثة لحالات الفشل الكبدي وأمراض الكبد المزمنة والناتجة عن بعض الطفيليات مثل البلهارسيا التي تنتشر على نطاق واسع في العالم الثالث. راجع: د. سامي عزيز، من أجل آلاف المرضى، زرع الكبد.. أمل جديد يفتح الطريق المسدود، مجلة الدوحة، قطر، مايس (مايو) 1985، 113، ص60.

التشوهات الشديدة التي تصبح معها حياة من يشكو منه عبئاً ثقيلاً قد يدفعه للتخلص من هذه الحياة بالإقدام على الانتحار.

وكما هو الحال في الشؤون الإنسانية الأخرى، فإن الآمال في الثقة غالباً ما تكون مثبطة، إذ إن الواقع الطبي العلاجي والجراحي لا يقاس بالتوقعات؛ ولذلك يحاول القانون إيجاد رقابة لتقصي سبب الفشل وتوجيه اللوم إلى الطبيب أو الجراح أو المساعد أو المستشفى أو المرض؛ إن التدهور في جو الثقة الذي بدأ يحيط بالعمل الطبي، بصورة تقليدية، قد توسع بتوسع مجال التأمين من المسؤولية، وزيادة الأخطار المرتبطة لفاعلية العلاج، قد جعل للأخير في الواقع تأثير حاسم.

لقد أصبح الطب فعالاً إلى درجة لا مثيل لها، وبالمقابل فقد أصبح خطراً أيضاً بدرجة لا مثيل لها، هذا من جهة، فإن تقنيات استعمال الأدوية، أو الأجهزة والمعدات الطبية تتضمن أخطاراً حتمية بحصول حوادث في كثير من الحالات من جهة أخرى. فإن استخدام هذه التقنيات (نفسها) في العلاج وبهذا التعقيد الذي يتحدى العناية المطلوبة بصورة طبيعية والمبذولة من أفضل المتخصصين؛ أقتضى كل هذا التأكيد على التزام الطبيب في العناية بمرضاه؛ وأثار التساؤل حول المسؤول عنها وعن مدى تطبيق قواعد المسؤولية الشيئية في هذا الصدد.

ولقد كان للتقدم الطبي الهائل في مجال الطب انعكاساته على مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، فزادت عدد الحالات التي تثور فيها مسؤوليتهم، وبدأت هذه الظاهرة ببداية القرن العشرين زاد معدلها في الأربعين سنة الماضية. وفي خضم مثل هذه الانتصارات وتلك التطورات التي تحققت لعلم الطب وفنه، كان من الممكن تصور نقص معدل دعاوى المسؤولية الموجهة ضدهم، بيد أن الواقع برهن على عكس ذلك، فمن الملاحظ تزايد عدد القضايا الموجهة اليوم بمعدل مضطرد في عصرنا هذا. وتنهض عدة أسباب من أجل تفسير هذا التشدد في مجال المسؤولية الطبية، بعضها مرجعه إلى التطور الطبي ذاته، والبعض الآخر مرتبط بدرجة تطور الوعي الاجتماعي؛ فهذا التقدم الهائل في فن العلاج والجراحة وفي نطاق علم الطب وبوجه عام، وهذا التحول الذي أصاب شعور الناس وأفكارهم، دفعهم إلى الحرص على صحتهم وسلامتهم.

ففي مجال التطور الطبي، توصل هذا التطور إلى اختراع أجهزة ووسائل فنية، بالغة التعقيد والتركيب، بل يصعب أحياناً استخدامها، وأبيح للأطباء استعمالها، وانعكس ذلك في صورة تقلص دور الطبيب الفرد في حياة المريض، ليحل محله، الفريق الطبي الجماعي، نظراً لما تقتضيه هذه الوسائل وتلك الأجهزة من تعاون عدد كبير من الأطباء أو الجراحين والفنيين في كافة المجالات المخصصة، ونظراً لما تنطوي إدارة هذه

الأجهزة على قدر كبير من المخاطر، فقد تزايد عدد حالات المسؤولية الطبية؛ فالعمليات الجراحية لم تعد تقتصر على الجرح وحده، بل يشترك معه طبيب التخدير وطاقم من المساعدين وتجري العملية داخل أروقة المستشفى (عام أو خاص) ويتم استعمال أدوية وآلات معينة، كل هذا يتطلب تحديداً لمسؤولية تلك الأطراف، إذ تقوم روابط متشابكة، هذا من جهة، وتتداخل مهام كل منهم، من جهة أخرى، هذا بالإضافة إلى تزايد استخدام (الأشياء) من الأجهزة والآلات والمعدات والوسائل الأخرى في الميدان الطبي وما صحب ذلك من مخاطر تثير التساؤل حول المسؤول عنها وعن مدى تطبيق قواعد المسؤولية الشيئية في هذا الصدد. فهل أن لكل واحد من هؤلاء مجال عمل معين وفن معين مستقل عن عمل وفن الآخر؟ وهل له منطقة نشاط محددة ومتميزة عن منطقة نشاط الآخر؟ وهل أن مسؤولية الطبيب الجراح منفصلة عن مسؤولية طبيب التخدير؟ وخاصة أن الأخير قد اتسعت منطقة نشاطه وتوسعت دائرة اختصاصه في الوقت الحاضر، بحيث تجاوز فنه مجرد التخدير، بل شمل عملية إنعاش المريض. وهل أن مسؤولية الجراح تجب مسؤولية طبيب التخدير؟ وهل أن العكس صحيح؟

أما في نطاق التطور الاجتماعي، فقد صاحب التطور الطبي ذاته، تحول في نظرة الجمهور إلى الأطباء باعتبار أن تطور الوسائل الناجمة عن التطور الطبي، جعل من غير المتصور، حدوث أخطاء وتقصير، كان يمكن تقبلهما في الماضي؛ وهكذا لم يعد يعتقد مريض اليوم في فشل الطبيب وخيبة تدخله في العلاج أو الجراحة، إذ صار يرفض أحكام القضاء ونوازل القدر، بل لقد خلط عن علم وإدراك بين حقه في الرعاية الطبية وحقه في الصحة والضمان والشفاء، ففي كل الحالات التي يخفق فيها الطبيب أو الجراح في فن العلاج أو الجراحة، لا يتردد المريض (أو ذووه) في نسبة الخطأ والتقصير أو سبب الفشل أو الإخفاق إلى هذا الجراح أو ذلك أو ذلك الطبيب، ووضعه موضع الاتهام أو اللوم ومراجعة القضاء للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي حاق به أو بهم؛ ومن هنا ليس بالغريب ولا بالمدهش أن يستشعر الأطباء قدراً من الإحساس بالظلم حين تطبق على علاقاتهم بمرضاهم القواعد العامة للمسؤولية المدنية؛ فقد أعرب هؤلاء الأطباء والجراحون عن قلقهم حيال هذا التشدد في مساءلتهم من خلال مؤتمر عقد بباريس في خريف عام 1972 طالبوا فيه بسن تشريع خاص بهم لحمايتهم مما قد يواجهونه من مسؤوليات المخاطر التي يتعرض لها مرضاهم.

ولكن القضاء، ولحسن حظ المرضى، كان دائم الحرص على تحقيق أكبر قدر من الأمن بالنسبة للمرضى، خاصة حين يضع المريض نفسه تحت مشرط الجراح،

إذ يكون فاقد الوعي غائباً عن الدنيا بفعل المخدر الذي أعطي له، وقد أبعد عنه أقرباؤه وذووه، وهذه الظروف تجعله تحت رحمة الجراح وسيطرته الكاملة.

ومع ذلك، ولحسن حظ الأطباء، فإن دعاوى المسؤولية عن أخطاء الأطباء وأعمالهم ليست بكثيرة العدد، إذ أخذنا بعين الاعتبار العدد الهائل من صور العلاج المتنوعة والتدخلات الجراحية بأنواعها المختلفة ودرجات خطورتها المتباينة التي يجريها الجراحون كل يوم، بل وكل ساعة على مستوى العالم، ولكن هذه الملاحظة الأخيرة لا تتعارض مع ملاحظة أخرى مفادها أن عدد دعاوى المسؤولية الطبية ضد الأطباء المترتبة على اقتراف هؤلاء الأطباء والجراحين للأخطاء في العلاج وفي الجراحة قد بدأ في الزيادة النسبية؛ فقد أخذت هذه الدعاوى تزداد يوماً بعد يوم خلال هذا القرن، وهي في تزايد مستمر، ففي تقرير قدمه أحد أساتذة الطب إلى الأكاديمية الطبية الفرنسية في عام 1975 قدر أن نسبة الزيادة بين عامي 1962 و1970 قد بلغت 72٪ بالنسبة للأطباء بوجه عام و82٪ بالنسبة للجراحين و145.6٪ بالنسبة للأطباء المخدرين، وسبب هذه الزيادة في دعاوى المسؤولية الطبية هو الزيادة المستمرة في تطبيق نظام التأمين الصحي في عدد كبير من الدول، فمع هذا النظام يقع العبء النهائي للمسؤولية، غالباً على عاتق جهة وليس على كاهل الطبيب، ويعكس هذا الاعتبار الجانب الأخلاقي في علاقة الطبيب بمريضه، ولا شك أن إحجام عدد من المرضى عن رفع دعاوى على أطبائهم إنما يعود إلى هذا القدر من الصلة الأدبية بين الطرفين، ولذلك فحين يقع عبء المسؤولية على جهة أخرى، غير الطبيب أو الجراح، ترفع الدعوى بغير حرج، هذا من جهة، إن اتجاه الأطباء، خاصة في العواصم والمدن الكبرى إلى زيادة أجورهم من جهة أخرى، وهو ما يولد الاعتقاد بأن دخل الأطباء قد أصبح على قدر من الضخامة بحيث لا تؤثر فيه دعوى مسؤولية من مريض أو آخر؛ كما أن اعتبار ارتفاع أجور الأطباء يخلق على حد قول البعض[1] إحساساً بالإحباط من الطبيب أو الجراح حين ينتهي أمر العلاج بخيبة أمل المريض في تحقيق الشفاء على النحو الذي كان يرجوه من وراء العلاج الطبي؛ ورغم هذه الزيادة المضطردة بشأن المسؤولية الطبية في البلدان الصناعية، كأمريكا وإنكلترا وفرنسا وفي البلدان العربية كمصر، فإن الدعاوى المقامة على الأطباء والجراحين في العراق ما زالت ضئيلة جداً.

وقد تطورت مشكلات المسؤولية الطبية من حيث موضوعها، ومن حيث الفن القانوني الذي يلازمها، تطوراً ملموساً في العصر الحالي، وقد اتجه التطور، أو حاول

(1) H.Anrys، المسؤولية الطبية، بروكسل، 1972، ص25 ـ 26.

دائماً على الأقل، إلى تحقيق أكبر قدر من الأمن بالنسبة للمريض في صدد سلامته البدنية والصحية، فالمريض هو الطرف الضعيف في الرابطة القائمة بينه وبين الطبيب، وهو الذي لا يملك شيئاً في مواجهة احتكار الطبيب لمهنته وفنه، فالمريض لا حول له ولا قوة إلا أن يسلم زمام جسمه وصحته لطبيبه ويخضع لسيطرته التامة ويضع فيه ثقته الكاملة إذ سوف نحذر أن أغلب القضاء يضع أمن المريض في المقام الأول، ويحظى التشدد على الأطباء بما يبرزه نسبياً في ذلك التزايد في استخدام الأجهزة والمعدات والوسائل العلمية المتقدمة، سواء في صورة أدوية حديثة ومتقدمة أو في صورة آلات وأجهزة تستخدم في الفحص الطبي أو في التدخل الجراحي، ويقتضي كل هذا التأكيد على التزام الطبيب في العناية بمرضاه.

ولم يتضمن التشريع المدني العراقي والمصري والفرنسي نصوصاً خاصة بمسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، لذلك يخضع هؤلاء الأطباء والجراحون لأحكام القواعد العامة في المسؤوليتين العقدية والتقصيرية (للمواد 168 و202 و203 من القانون المدني العراقي) المقابلة للمادة 163 مدني مصري و(231 مدني عراقي) المقابلة للمادة 178 مدني مصري، وهذه المواد مقابلة للمواد 1182 و1183 و1184 من القانون المدني الفرنسي.

ولكن لا يخفى أن تطبيق القواعد العامة بطريقة مجردة ودون نظر إلى الطبيعة الخاصة التي تصطبغ بها التزامات الطبيب أو الجراح يوقعنا في محظور هو تنازع القانون مع القواعد، وهو ما ينبغي الابتعاد عنه لما فيه من أضرار قد تؤدي إلى هزات عنيفة تزلزل أركان البناء القانوني، فالقانون ما هو إلا ظاهرة اجتماعية وما نصوصه إلا وسيلة لتنفيذ الأهداف التي يستهدفها المشرع من وراء النظام القانوني، فعلى من يطبق القانون أن يزن المصالح المتضارية في كل مسألة مع مراعاة مصلحة الجماعة، فالقانون لا يمكن أن يفسر تفسيراً مجرداً ولا يمكن أن يكون منطقياً محضاً، لأن الحياة الاجتماعية، التي مرآتها القانون ذاته ليست بسيطة ومنطقية، إنما هي مركبة ومملوءة بالتناقضات، فلا بد إذاً من وسيلة فنية تضمن التوفيق بين الوقائع التي تقع في الحياة الاجتماعية وبين النصوص، أو التوفيق بين النظام والحركة، فينبغي على من يطبق القانون أن لا يطرح الضرورات الاجتماعية، وعدم الالتفات إليها، ويضرب بها عرض الحائط، بل عليه أن يفسر القانون على هدى هذه الضرورات، من هنا نشأ التطور الكبير الذي لازم فقه القانون، ذلك أن الحياة الاجتماعية في العصر الحالي انطوت على تغييرات واسعة النطاق شملت نواحي متنوعة ومختلفة من نواحي الحياة، وأهم ظاهرة لهذا التغيير، أن المركز القانوني للشخص بات يتحدد لا بالنظر إليه

مجرداً، بل بالنظر إلى المهن التي يزاولها والفن الذي يمارسه، وإذا كانت الحوادث قد أبرزت هذه الظاهرة في عالم القانون، فإن الفقه والقضاء، قد استجابا لنداء الحوادث بتطبيق ضوابط ضمنت لها مسايرة الاتجاه العام والأفكار التي ينشدها القانون والتي تقتضيها الحياة الاجتماعية.

بيد أن التطورات القانونية في مواجهتها للمشكلة الحديثة المعقدة لعلاقة الإنسان بالقانون ومشروعية ما يرد على جسمه من تصرفات وأفعال قد واجهت صعوبات كثيرة نظراً لسرعة التطورات الفكرية والاجتماعية والواقعية في المجتمعات الحديثة، ذلك أن القانون يشرع في معظم الحالات لمواجهة مشكلات واقع قائم بالذات فيضع لهذا الواقع الحلول التي يراها المشرع مناسبة؛ فالعلاقات تتجدد ومعطيات الواقع فيها تتجدد باضطراد، ومع هذا التجدد وذلك التطور والتغير يحاول القانون أن يلاحق العلاقات والمعطيات المتجددة والتطورات المستمرة وأن يضع الحلول الملائمة لمشكلاتها المتولدة، ويقف القضاء في هذا المجال في المقدمة باعتباره صانع الحلول لمشكلات واقع الحياة والعلاقات المتجددة.

والقضاء عند بحثه عن حل ما يعرض عليه من قضايا لا يلتزم دائماً وبدقة بمنطق القواعد القانونية المجردة، ذلك أن للقضاء سلطة تقدير مطلقة، فهو في بعض الأحيان يضع لنفسه هدفاً أخلاقياً واجتماعياً، كأن يضع نصب عينيه حماية المريض باعتباره الطرف الضعيف، أو أن يبحث عن حل يعيد بواسطته التوازن، فيقوم بتطويع نصوص القانون ليخلق من خلال هذا التطويع حلولاً لم تكن تدور في خلد المشرع الذي قنن النصوص القانونية؛ وحيث إن العصر الحاضر هو عصر التطور التقني والآلي، ويسعى إنسان هذا العصر إلى أكبر قدر ممكن من الطمأنينة والأمان والاستقرار، فهو إنسان أكثر وعياً وأقل قدرية من إنسان العصور التي خلت، وهو إنسان يحتاج إلى أنماط جديدة للحماية القانونية، حيث طوقته الأخطار والأضرار في كل مكان، بسبب التطور الحديث، حيث أفرز هذا التطور كثرة في الحوادث وكثرة في المخاطر، بل كثرة في الأخطاء التي تقترف يومياً؛ لذلك يجب أن يواكب هذا التطور تطور قضائي يلائمه، فالقضاء الحديث أكثر تشدداً وحرصاً في مواجهة الأخطاء والأخطار والأضرار، وبشكل خاص عندما يتراءى للقاضي أن الفاعل الذي اقترف الخطأ في مركز أقوى من مركز المتضرر، لقد كان للقضاء دور كبير وخطير في مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، إذ لم تقتصر مهمته على تفسير النصوص، بل تعدته إلى الخلق والابتكار، ذلك لأن النصوص القانونية، كانت من الضآلة، بحيث لم تكن لتسد الحاجة لو لم يتوسع القضاء في فهمها، ويحل محل المشرع في سد النقص الفطري

الذي يتخلل ثنايا القانون؛ ومشكلات مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية هي من أكثر المجالات في دائرة المسؤولية المدنية أهمية من حيث الحيوية والخطورة والاهتمام، ذلك أن هذه المسؤولية تنبثق عن مجال تعامل يقف الإنسان في مركزه الرئيس، محكوماً بمبدأ حرمة وسلامة الجسد البشري وتكامله، فهذا المبدأ هو أول محور أساسي يحكم مشكلات مسؤولية الطبيب المدنية، فهو يحكمها من حيث سند مشروعية العمل الطبي، ومن حيث إنه يضع مبدأ التكامل الجسدي البشري وسلامته كهدف ينبغي أن يكون محلاً للمسعى الأساسي للطبيب أو الجراح، فلا يجوز من حيث المبدأ أن يكون التدخل الطبي طريقاً لإجراء التجارب العلمية على الإنسان لمجرد التجربة وليس لأغراض علاجية، حتى ولو كان ذلك بموافقة ذي الشأن، فلا بد أن يكون الهدف من التجربة بقصد العلاج تحقيق مصلحة المريض في الشفاء مما به من داء.

ومن جانب آخر فإن التدخل الطبي سواء العلاجي أو الجراحي لا بد أن يسبقه رضاء المريض أو ذويه، فلا علاج ولا جراحة بدون هذا الرضاء، ولا بد أن يكون هذا الرضاء عن بصر وبصيرة أي أن يكون على حد التعبير المستقر حالياً في عالم مسؤولية الأطباء والجراحين (رضاء مستنيراً).

أما فيما يتعلق بطبيعة التزام الطبيب وهل هو التزام بوسيلة أم التزام بنتيجة وهل أن تطور مفاهيم مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في ظل التطورات الفنية والتقنية الحديثة - التي سبق أن نوهنا عنها - وظهور الوسائل الجديدة من أدوات وأجهزة فنية على قدر كبير من الأهمية والفعالية والخطورة واستعمالها في هذا المضمار يؤدي إلى تحول التزام الطبيب من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق غاية؟ وبشكل خاص فإنه كلما تضاءل الطابع الحدسي أو التجريبي في عمل وفن الطبيب بازدياد المكتشفات العلمية ورسوخها وانتشار الوسائل الفنية وتطورها، كلما زادت فرص نجاحه سواء في مجال تشخيصه للمرض أو علاجه أو في نطاق تدخله الجراحي، وحين تكون فرص النجاح كبيرة بالنسبة لأمر ما، فإن من الطبيعي أن يبدو الفشل حينئذ حدثاً غريباً يثير الشك والتساؤل والاشمئزاز؛ صحيح أن الطبيب أو الجراح لا يلتزم بشفاء المريض، فالطبيب يعالج فقط - والله سبحانه وتعالى هو الذي يشفي - وصحيح أن التزام الطبيب تجاه مريضه هو بحسب التعبير القانوني المعروف، التزام بوسيلة لا بنتيجة، ولكن إذا قصر الطبيب في بذل العناية المطلوبة منه، إذا أخطأ ولو عن غير عمد، إذا أهمل، أو تجنب الحيطة والاحتراز، إذا أبدى جهلاً بالحقائق العلمية الثابتة والمستقرة، ألا يمكن مساءلته؟ لم تغفل عين القضاء الفرنسي عن هدفها في التوسل بكافة السبل والأدوات

القانونية لإضعاف الحماية الجسدية للأشخاص، على نطاق المسؤولية التعاقدية للطبيب أو للجراح ومضمونها التزام بوسيلة، وطبقاً للقواعد العامة، فإنه حين يعهد المريض بنفسه إلى طبيب أو جراح يأمل من وراء هذا التدخل الطبي، أن يبذل هذا الجراح أو ذاك الطبيب ما في وسعه من جهد ومسعى من أجل شفائه، ولكنه لا يطلب منه في هذا الشأن نتيجة على وجه الدقة واليقين؛ ومع ذلك إذا اقترن عقد العلاج الطبي بالدخول إلى المستشفى فإنه لا يكون من المقبول أن يعرض المريض لأخطار وأن يصاب بأضرار نتيجة لخلل في الأجهزة الطبية أو لخلل في التنظيم الإداري أو رعونة في مقتضيات السلامة العامة، البعيدة كل البُعد عن مقتضيات علاجه وتطورات مرضه؛ وقد أخذت مسألة تحديد إطار الخدمات غير الطّبية بالمعنى الضيق جهداً جهيداً من الفقه والقضاء الفرنسيين[1]، على أساس أن الطبيب ومضمون التزامه بذل عناية تنحصر في إطار الخدمة الطبية بالمعنى الدقيق من إجراء العملية الجراحية إلى تحديد العلاج، والمتابعة الدورية للمريض حسبما تقضي بذلك الأصول الطبية الثابتة التي قررها مهرة الأطباء، أما ما عدا ذلك من خدمات مثل الإقامة بالمستشفى، والتغذية، وإعطاء الأمصال، ونقل الدم... الخ، من الخدمات التي يضطلع بها المستشفى ولا تستلزم تخصصاً طبياً فقد حسم القضاء الفرنسي الأمر فيها، وأنشأ التزاماً بضمان سلامة المريض استناداً إلى التمييز بين الخدمة الطبية المحضة التي يتعاقد المريض مع طبيبه على أدائها بقصد علاجه، حيث ينحصر التزام الطبيب أن الجراح فيها على أداء الخدمة الطبية الحريصة اليقظة الواعية (التزام بوسيلة) وبين الخدمات المتعلقة بالعمل اليومي الروتيني للمستشفى حيث يقترن بها التزام بضمان سلامة المريض، ولا يمكن الخلاص من هذه المسؤولية إلا إذا أقام المستشفى الدليل على أنه رغم ملاءمة ودقة الاحتياطات التي وضعت سلامة المريض، فقد وضع الضرر بسبب أجنبي لا دخل للمستشفى فيه ولا يمكن درءه أو توقيه (التزام بتحقيق غاية).

وقد واجهت مسؤولية الطبيب أو الجراح دائماً مشكلة تحقيق التوازن بين اعتبارين مختلفين ومتباينين: الأول هو حماية المريض، مما قد يصدر عن الأطباء والجراحين من أخطاء قد تكون لها آثار سيئة، وضمان توفير العناية الطبية اللازمة من خلال تأكيد مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، والتأكيد على سلامة هذا المريض

(1) د. محمود التلتي، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، 1988، ص80؛ قارن د. محمد عادل عبدالرحمن المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، 1985، ص130 و131؛ الطحان، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، المرجع السابق، ص5 وما بعدها؛ د. عادل عبد إبراهيم، حق الطبيب، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، 1977، مطبوعة بالرونيو، ص7 وما بعدها.

الجسدية وشفائه كهدف أساسي للتدخل الطبي؛ أما الاعتبار الثاني، فهو توفير الحماية اللازمة للأطباء والجراحين لممارسة العمل الطبي من أجل معالجة مرضاهم، دون خوف من شبح المسؤولية، ذلك أن الطبيب أو الجراح رجل فني ومتخصص يمسك بناصية العلم ووسائله، وينبغي أن يعطي قدراً أكبر من الحرية في ممارسة اختصاصه وتجسيد فنه، لأن الطبيب أو الجراح الذي يخشى المسؤولية سيحجم عن الإقدام على فحص المريض وتبني الآراء العلمية والطرق العلاجية التي تستدعيها حالته المرضية، فعمل الأطباء أو الجراحين يتحتم أن يتم في جو كافٍ من الثقة والاطمئنان. فكيف يمكن التوفيق بين هذين الاعتبارين المختلفين من أجل إقامة التوازن بين توفير الحمايتين المذكورتين؟ وما هي الوسيلة المثلى لذلك؟

وتتصدر فكرة خطأ الطبيب مركز المناقشة، فالأخطاء الفنية التي يقترفها الأطباء والجراحون أثناء مزاولة مهنهم هي من طبيعة خاصة مما يثير النقاش والجدل حول كيفية تحديدها وماهيتها وما يترتب عليها من نتائج، ويبدو ذلك جلياً حيث أثارت المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين بكافة أنواعهم واختصاصاتهم (الممارس العام، الاختصاصي، الجراح، طبيب الأسنان، طبيب التخدير، طبيب جراحة التجميل، والعاملين في هذا الميدان) الكثير من الجدل والنقاش في ساحات القضاء الفرنسي والإنكليزي، وتبدو حساسية هذا الميدان من خلال اتصاله بالجسد البشري ما يقتضيه ذلك من احترام وتقدير لبناء الله سبحانه وتعالى.

فلم يكن من المتصور في أول الأمر مساءلة الأطباء والجراحين عن أخطائهم، لكن مع استقرار مبادئ المسؤولية المدنية أصبح من الممكن مساءلتهم عما يرتكبونه من أخطاء عمدية، ثم تطورت المسؤولية بعد ذلك فأصبح الأطباء مسؤولين عن مجرد الإهمال والخطأ الجسيم؛ وقد سعى الفقه والقضاء منذ زمن طويل إلى إيضاح طبيعة الخطأ الطبي ونوعه ودرجته ومعياره وصوره ودرجة الجسامة اللازمة لنهوض مسؤولية الطبيب مدنياً؛ وكذلك مناقشة فكرة تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة على المريض، من خلال رابطة السببية بين خطأ الطبيب أو الجراح والضرر الذي حاق بالمريض (أو بذويه)، والبحث في رابطة السببية من خلال تفويت فرصة الشفاء من الموضوعات الشائكة خاصة في نطاق الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، لأنه يصعب أحياناً إن لم يكن يستحيل معرفة ما إذا كان الضرر الذي حاق بالمريض (أو بذويه) يرجع إلى خطأ الطبيب أو الجراح وحده أم ينسب إلى رد الفعل الخاص بجسد المريض واستعداده الذاتي وتقبله للعلاج.

ولم يعد التزام الطبيب - في بعض الحالات - قاصراً على بذل العناية، بل تحول

إلى التزام بتحقيق غاية هي سلامة المريض، ويتحقق ذلك في الحالات التي يكون محلها محدداً تحديداً دقيقاً، كحالات نقل الدم وإجراء التحاليل المختبرية وعمل طقم أسنان، فهي لا تحتمل أية صعوبة للطبيب العادي، نظراً للتقدم العلمي الذي أحرزه الطب في هذا المجال، فهي لا تتضمن عنصر الاحتمال اللصيق بغالبية التدخلات الطبية سواء العلاجية أو الجراحية.

إن موضوع الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية من المواضيع المهمة الشائقة والشائكة، فهو مهم نظراً لأهمية المهنة الطبية وارتباطها الوثيق الصلة بحياة الإنسان وسلامة أعضاء جسده، وما تجسده هذه المهنة من طابع فني محض ينفرد فيه الطبيب أو الجراح بسائر الجسم البشري؛ وهو شائق لأنه يتعلق بأعلى قيمة في هذا الوجود، وهي قيمة الإنسان وسلامة جسده، باعتباره جزءاً من هذه القيمة؛ وهو موضوع شائك لأنه محاولة تعد بمثابة نداء يهدف إلى توجيه الفكر القانوني والنظر إلى أن المسؤولية المدنية إذا كانت وظيفتها جبر الضرر، فإن عضوها الفعال هو الالتزام بضمان السلامة، لأن الوظيفة تخلق العضو، وإذا كان هدفها المأمول أو المنشود هو تحقيق التوازن بين علاقات الأفراد بقصد تحقيق صورة مستقيمة لها تمنع القلق والاضطراب، فإن ذلك الالتزام هو أداتها في رسم تلك الصورة التي تصنع الجسم السليم للمجتمع.

وليس من شك في أن توجيه الفكر القانوني يتحدد في أن يجتاز هذا الفكر مرحلة انتقالية يحاول فيها جاهداً تطوير نظمه، ليلحق بركب ثورة العلوم والتقنيات الحديثة التي أصابت حركة حياة الأفراد في المجتمع، وإذا كان القانون الذي يظهر لنا غالباً كنتاج لحركة الحياة الاجتماعية فإنه يجب أن لا يفقد فاعليته وحيويته الخاصة، أي القدرة على التأثير والتأثر، التأثير في تلك الحركة وتحديد مسارها وشكلها النهائي، فهو نتاج محدد، ولكنه أيضاً مؤثر محدد في حركة واحدة تبادلية جدلية. وعلى كل حال، لا شك أن دراسة الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية والتطبيقات القضائية لها ذات فائدة أكيدة بالنسبة للحقوقيين والأطباء على حد سواء.

ونظراً لدقة البحث وما ينطوي عليه من طبيعة خاصة، فإننا سنطرح الجدل والنقاش النظري ونعتمد على الجانب العملي في دراستنا لموضوع الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، وسوف نجعل من قرارات المحاكم وما جرى عليه العمل أساساً لهذا البحث المتواضع، ولاستخلاص المبادئ، فقد كانت قرارات المحاكم هي الومضات التي تجسد حدود وأبعاد الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية وتبلور طبيعة هذه المسؤولية وأحكامها وتكرس صورها وتطبيقاتها، وسوف نبدأ أولاً بمحاولة الوصول إلى بيان طبيعة هذه المسؤولية وهل هي مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية؟ ومن ثم تدقيق

وتحديد طبيعة وخصائص عقد العلاج الطبي، وبعبارة أخرى تحديد المفهوم القانوني لعقد العلاج الطبي ومن ثم توضيح أركانه؛ وكذلك محاولة الوصول إلى طبيعة التزام الطبيب. ومن ثم توضيح طبيعة الخطأ الطبي وصوره وإثباته. وحُسْن الختام ومسكه فإن التوفيق والنجاح من الله سبحانه وتعالى، فإذا كنت قد وفقت في هذه المحاولة، فالفضل لله عز وجل أولاً وأخيراً، ثم لأستاذي الفاضل الدكتور حسن علي الذنون الذي شرف هذه الرسالة بإشرافه عليها، وأفاض على البحث بتوجيهاته السديدة التي اتسمت بغزارة علم العالم وتواضع الفقيه وصبر الأستاذ؛ وإن كنت قد قصّرت فحسبي من ذلك شرف المحاولة.

خطة البحث

من أجل الإحاطة التامة بأهم الأجوبة المتعلقة بموضوع الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، وبيان موقف الفقه والقضاء من فكرة الخطأ وتأصيل هذه الفكرة باعتبارها أساساً للمسؤولية المدنية بوجه عام وأساساً للمسؤولية الطبية بصفة خاصة، وبيان طبيعة هذه المسؤولية وأحكامها وصور تطبيقاتها، وبيان طبيعة عقد العلاج الطبي وخصائصه وأركان إنشائه، وتحديد طبيعة التزام الطبيب، وإيضاح طبيعة الخطأ الطبي ونوعه ومعياره ودرجته وصوره وإثباته؛ فقد آثرت تناول هذا الموضوع بثلاثة أبواب وخاتمة تسبقهم مقدمة عامة وشاملة، ويقع كل باب في فصلين، على النحو التالي:

مقدمة عامة.

الباب الأول: تأصيل فكرة الخطأ في المسؤولية الطبية.

الفصل الأول: الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية بوجه عام.

الفصل الثاني: الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية.

الباب الثاني: طبيعة الخطأ الطبي العقدي.

الفصل الأول: تكييف عقد العلاج الطبي وتكوينه.

الفصل الثاني: الخطأ باعتباره إخلالاً بالالتزام الطبي.

الباب الثالث: صور الخطأ الطبي وإثباته.

الفصل الأول: صور الخطأ الطبي.

الفصل الثاني: مدى مسؤولية الطبيب في تفويت فرصة شفاء المريض أو بقائه على قيد الحياة.

الفصل الثالث: إثبات الخطأ الطبي.

الخاتمة.

الباب الأول
تأصيل فكرة الخطأ في المسؤولية الطبية

((يجب على الطبيب أن يواسي ويشجع المريض ولو كان مشرفاً على الموت لأن قوة الإنسان مستمدة من روحه المعنوية))

الرازي

((إذا ما عالجت مريضاً فابدأ بتقوية حيويته وحالته العقلية لأنك إن فعلت ذلك سهل عليك الباقي))

الرازي

الباب الأول
تأصيل فكرة الخطأ في المسؤولية الطبية

تفرض علينا دراسة الخطأ الطبي أن نسبقها ببحث الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية بوجه عام، مبينين تعريفه باعتباره أساساً للمسؤولية وما تطرحه هذه الفكرة من تساؤلات عدة في الفقه الحديث خاصة محيطين بكل ما يتعلق بها بصورة عامة.

ومن خلال دراستنا لهذا الباب، وبعد بحثنا الخطأ بوجه عام، نتطرق إلى الخطأ الطبي كأساس للمسؤولية الطبية، من حيث تأثيره على طبيعته كونها تقصيرية أو عقدية، مفضلين دراسة تعريف الخطأ الطبي ومعياره في الباب الثاني لكونه مرتبطاً من حيث المبدأ بالعقد الطبي.

وعليه فقد آثرنا تقسيم هذا الباب إلى فصلين؛ نعقد الأول لدراسة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية بوجه عام، ونخصص الثاني لبحث الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية.

الفصل الأول
الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية بوجه عام

﴿ ٱللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنثَىٰ وَمَا تَغِيضُ ٱلْأَرْحَامُ وَمَا تَزْدَادُ ۖ وَكُلُّ شَيْءٍ عِندَهُۥ بِمِقْدَارٍ ﴾(1)

تعني المسؤولية المدنية بوجه عام تحمل عاقبة الفعل الضار الذي قام به الإنسان، وهذا الفعل قد يكون خروجاً على ما قد تأمر به قواعد الأخلاق، أو خروجاً على ما يأمر به القانون، والمسؤولية في الحالة الأولى خلقية، وفي الثانية قانونية(2).

على الرغم مما قيل أن قانون نابليون جاء متجاهلاً للقاعدة الخلقية في نصوصه، وكذلك القوانين التي اتخذت منه؛ إلا أنه اعتمدها وبشكل واضح في نطاق المسؤولية(3)، حيث اعتبر الخطأ أساساً لها في نص (المادة 1382 م.ف) وما تلاها، حيث جاء فيها إن: ((كل فعل أياً كان يقع من الإنسان ويسبب ضرراً بالغير يلتزم من أوقع ذلك الفعل الضار بخطأ يعوض هذا الضرر)).

وتأييداً لما قلناه يطرح الفقهاء دائماً التساؤل الآتي: لماذا يسأل مسبب الضرر؟ والإجابة تكون عادة لأنه ارتكب خطأ، وتكاد تكون هذه العبارة شائعة لدى عامة الناس أيضاً.

نخلص من ذلك إلى أنه لا يتصور وجود المسؤولية المدنية من دون خطأ، وبمعنى آخر، أن الخطأ هو الأساس القانوني لها.

ويبرر أنصار هذا الاتجاه رأيهم بحجج عدة، بعضها يتعلق بالنصوص القانونية التي تتحدث عن المسؤولية، والبعض الآخر يتحدث عن القيمة المنطقية للخطأ كأساس للمسؤولية، وكذلك عن القيمة المعنوية للخطأ كأساس لها.

النصوص القانونية: بالرجوع إلى نص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي نجد أن هذا النص يتحدث عن أن: ((كل فعل أياً كان يقع من الإنسان ويسبب ضرراً بالغير يلتزم من أوقع ذلك الفعل الضار بخطئِه أن يعوض هذا الضرر))؛ كذلك نص

---

(1) سورة الرعد، آية (8).

(2) أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج1، الضرر، بغداد 1991، ف5.

(3) يرى أستاذنا الدكتور حسن الذنون أنه: لا يمكن أن تعيش القاعدة القانونية بمعزل عن القاعدة الخلقية، حيث يقول: إن القاعدة القانونية التي لا تقوم على أساس رصين من الأخلاق والعدل قاعدة واهية إلى الزوال. يراجع مبسوطه، ج1، المرجع السابق، ف8.

المادة 1383 مدني فرنسي تتحدث عن أن الشخص لا يسأل فقط عن فعله (العمدي) وإنما عن إهماله وعدم تبصره.

وتأسيساً على ما تقدم فإن على (الضحية) أو المتضرر لكي يحصل على تعويض الضرر الذي لحق به، أن يثبت الخطأ الصادر عن المسؤول، وبالتالي، لا تقبل دعوى المسؤولية من قبل المضرور ما لم يقم الدليل على خطأ المسؤول.

ومن هنا فإن عبء إثبات الخطأ كقاعدة عامة يقع على عاتق المضرور، فإن هو أقام الدليل على وجود الخطأ، استطاع الحصول على التعويض، إن توافرت الأركان والشروط الأخرى للمسؤولية المدنية، وإلا فلا مسؤولية، وبالتالي، فلا تعويض.

القيمة المنطقية: كون الشخص يعوض الضرر الذي سببه بخطئه، لا يحتاج لأي تبرير، فهذا قمة المنطق، وإلا فمن يعوض هذا الضرر؟ ويقضي المنطق نفسه بأنه لا يمكن إلزام شخص بتعويض ضرر لم يسببه خطأه أيضاً.

وعلى ذلك، فإن مبدأ المسؤولية عند ثبوت الخطأ، وعدم المسؤولية عند انتفائه، هما وجهان لعملة واحدة، أساسها المنطق ليس إلا. وما دام المبدأ متفقاً مع المنطق السليم، فإنه بالتالي لا يحتاج لأي تبرير[1].

القيمة المعنوية: الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية يبرره احترام القيم المعنوية للمجتمع، لأن التزام الشخص بتعويض الضرر الذي سببه بخطئه يعتبر مطلباً أساسياً وعادلاً.

وهذه الفكرة مرتبطة بفكرة العقوبة، هذه الفكرة التي توجد في أعماق كل إنسان منذ طفولته، فالطفل يعاقب إذا اعتدى على أخيه، أو على طفل آخر وأخذ بعض (لعبه) مثلاً؛ وبالإضافة إلى العقوبة، فإن هذا الطفل يلزم اجتماعياً بأن يرد ما أخذه لمالكه (لأخيه مثلاً).

ومن ناحية أخرى، فإن المعنى الأصيل للعدالة يأبى على الشخص أن يطلب بتعويض ما لحقه من ضرر من شخص أجنبي لا يد له في وقوعه.

وهذا المعنى هو الذي دفع إلى التفريق بين الأفعال الخاطئة وغيرها من الأفعال، أي أن فكرة العدالة هي الفكرة المسيطرة على الإنسان بحيث تجعله مسؤولاً عن أخطائه التي تسبب ضرراً للغير فقط[2].

---

(1) تانك، المسؤولية المدنية، باريس، 1981، فـ122، ص98.

(2) تانك، المرجع السابق، فـ123.

القيمة الاجتماعية: من مقتضيات الحياة في مجتمع ما، أن يكون الخطأ هو أساس المسؤولية المهنية، ذلك أن هذه المسؤولية، هي الأداة التي تمكن من تحقيق التوازن بين حرية الإنسان، وواجبه تجاه الآخرين في حياته الاجتماعية.

ومن ناحية أخرى، فليس من المعقول، أن تحدد مسبقاً كل الأفعال المباحة والممنوعة، بل إن المقبول والمعقول أن تحدد الأفعال الممنوعة على الجميع، لأنها، تسبب أضراراً للمجتمع بأكمله، وفيما عدا ذلك من الأفعال، فإن لكل شخص أن يحدد أفعاله أو يقودها بطريقة لا تسبب ضرراً للآخرين، بمعنى أن يلزم نفسه بالواجبات التي تمنعه من إلحاق ضرر بالآخرين، فأساس المعيشة في المجتمع هو أن تقف حرية الشخص عندما تبدأ حرية الآخرين.

وعلى ذلك فإن الخطأ كأساس للمسؤولية يعتبر الوسيلة التي تجبر الشخص على احترام حرية الآخرين، ذلك أنه لا يمكن اعتبار الضرر الأساس الوحيد للمسؤولية كما يقول البعض[1]، لأنه لا يتصور أن يعيش شخص في مجتمع دون أن يسبب أضراراً للآخرين، فإذا لم يكن معيار الضرر أساس المسؤولية، فإنه لا يتبقى إلا الخطأ كأساس لها[2].

وأخيراً فإن تأسيس المسؤولية المدنية على فكرة الخطأ يحفظ حرية الإنسان وكرامته، ويكون خير وسيلة لتصحيح السلوك الإنساني فاعتبار الخطأ أساس المسؤولية يحمل الإنسان على السلوك الاجتماعي السوي، ويمنحه القدرة على الاختيار بين الحسن والسيئ، والاختيار بين الخير والشر.

هذه هي حجج مؤيدي الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، ونعرض الآن للحجج التي ساقها منكرو اعتبار الخطأ معياراً للمسؤولية المدنية وذلك على النحو التالي:

أولاً: وظيفة المسؤولية المدنية: يرى البعض أن المسؤولية المدنية تنظر فقط إلى الضرر وتعويضه، دون الاهتمام بالفعل الذي سببه، وهذا ما يوضح الفرق بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية، فالأولى تهتم بالمضرور بغرض تعويضه، والثانية تهتم بالمخطئ بغرض معاقبته، فالدوران مختلفان، وبالتالي فلا بد أن يكون المعيار مختلفاً[3].

---

(1) د. محمد نصر الدين محمد، أساس التعويض في الشريعة الإسلامية والقانونين المصري والعراقي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1983، ف124، ص143.

(2) تانك، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص99 ـ 100، ف124 و125.

(3) تانك، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص100 ف128.

ثانياً: الوظيفة الاجتماعية للقانون: يرى الاشتراكيون من فقهاء القانون، أن فكرة المسؤولية من القانون الحديث يجب أن لا تستند على فكرة الخطأ، وإنما على فكرة الاعتبارات الاجتماعية، بمعنى أن المسؤولية يجب أن تنظر إلى المضرور بغرض التعويض، وليس إلى المسؤول بغرض معرفة ما إذا كان قد أخطأ أم لا؛ وبهذا فإن المسؤولية في القانون الحديث يجب أن تنظر إلى المصالح الاجتماعية للأفراد وتحاول أن تعيد التوازن الاجتماعي الذي افتقد نتيجة الضرر الذي أصاب (الضحية) المضرور.

ثالثاً: القدرة على تحمل عبء المضار: في نهاية القرن الماضي كثرت الحوادث التي كان ضحيتها في الغالب طبقة العُمّال، والنظرة الاجتماعية لهذه المسألة تقتضي الموازنة بين العامل باعتباره ضحية لحادثة ورب العمل باعتباره مستفيداً من جهد العامل، ولما كان رب العمل أكثر قدرة من الناحية المالية، فإنه يجب أن يتحمل تعويض المضار التي أصابت العامل، بغض النظر عن ثبوت الخطأ إلى جانبه من عدمه، ذلك أن المصاب قد فقد مصدر دخله ودخل أسرته نتيجة الحادثة، وبالتالي فإن النظرة العادلة تقتضي الاهتمام بهذه الأسرة التي فقدت مصدر دخلها الوحيد، قبل الاهتمام بإثبات خطأ في جانب رب العمل من عدمه، فالقدرة المادية لرب العمل يجب أن تدخل في الاعتبار.

رابعاً: صعوبة إثبات الخطأ أو استحالته: في كثير من الحوادث يصعب إثبات خطأ في جانب شخص معين، وبالتالي فإن اعتبار الخطأ كأساس للمسؤولية ومعيار لها يجعل كثيراً من الأضرار غير قابل للتعويض، والمثل الواضح على ذلك حوادث العمل، وحوادث المرور، ففي الحالة الأولى اعترف المشرع نفسه باستحالة إثبات الخطأ في جانب رب العمل فأصدر من القوانين ما ينظم حصول العامل على التعويض دون حاجة إلى إثبات خطأ في جانب رب العمل، وفي الحالة الثانية فإنه رغم التدخل التشريعي لتنظيم المسألة ما زال هناك حالات يستحيل فيها على المضرور أن يحصل على تعويض للضرر الذي أصابه.

بعد هذا العرض السريع لأنصار فكرة الخطأ كأساس ومعيار للمسؤولية المدنية، ومعارضي هذا الاتجاه. نعرض الآن لحالات المسؤولية دون خطأ سواء في النصوص التشريعية أو في أحكام القضاء لنبحث في النهاية عن الأساس القانوني للمسؤولية إذا كان لا يكمن في عنصر الخطأ.

المبحث الأول
المسؤولية دون خطأ في النصوص التشريعية والقضائية

الفرع الأول: المسؤولية دون خطأ في النصوص التشريعية

أوجد القانون الفرنسي حالات للمسؤولية المدنية دون خطأ في جوانب مختلفة من الأنشطة ونعرض لهذه الحالات على النحو التالي:

1- قانون 9 نيسان (إبريل) 1898 الخاص بإصابات العمل: ابتداءً من نهاية القرن الماضي بدأ تطور تشريعي هام أدى إلى ترك فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية فيها بإصابات العمل، قد أدى هذا التطور في النهاية إلى إصدار قانون 9 نيسان (إبريل) عام 1898 الذي أسس التعويض عن إصابات العمل لا على فكرة الخطأ واجب الإثبات وإنما على فكرة مخاطر المهنة وبالتالي أصبحت إصابات العمل تعوض بغض النظر عن ثبوت خطأ في مواجهة رب العمل أو عدم ثبوته؛ وفي مقابل ذلك لم يكن العامل يحصل على تعويض كامل عن إصابته وإنما على تعويض جزاف يحدد على أساس ما يتقاضاه، وليس على أسس مدى الضرر الذي أصابه.

2- قانون 10 كانون الأول (ديسمبر) 1917 الخاص بالمحال الخطرة: وقد أقام هذا القانون مسؤولية أصحاب هذه المحال لا على فكرة الخطأ وإنما على فكرة المخاطرة.

3- قانون 27 مايس (مايو) 1977 الخاص بالتلوث البحري: وقد أقام هذا القانون مسؤولية موضوعية عن التلوث البحري بغض النظر عن إثبات الخطأ أو عدم إثباته.

4- قانون 5 تموز (يوليو) 1985 الخاص بحوادث السيارات: الذي أعفى المضرور من إثبات الخطأ حتى يحصل على التعويض، فأصبحت المسؤولية موضوعية.

الفرع الثاني: المسؤولية دون خطأ في أحكام القضاء

استعمل القضاء وسائل عدة للوصول إلى إقرار التعويض دون خطأ. لقد كان لمحكمة النقض الفرنسية دور كبير في ترسيخ فكرة التعويض مع التغاضي عن عنصر الخطأ[1]؛ من أجل نجدة ضحايا الحوادث الذين يستحيل عليهم إثبات خطأ في مواجهة شخص معين.

---

(1) ستارك، حول أساس المسؤولية المدنية، مقال، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1977، ص222.

ومن هذه الوسائل:

1- **قرائن الأحوال:** لقد توسعت المحاكم في استعمال سلطتها في الأخذ بقرائن الحال التي ترك لها المشرع سلطة التقدير لاعتبار خطأ المدعى عليه ثابتاً عن طريق هذه القرائن، فاعتبرت بناءً على ذلك أن بعض الحوادث يحمل في ذاته أو في طياته دليل حصوله بخطأ المتسبب فيه، ومن أمثلة ذلك انفجار المراجل والآلات البخارية. بيد أن قرائن الأحوال متروك تقديرها إلى قاضي الموضوع ولا سلطان لمحكمة التمييز (النقض) عليه في إلزامه بالأخذ بها في الحالات التي تعرض عليه؛ ولذلك لم يكن الاعتماد على هذه الوسيلة ووجب البحث عن غيرها[1].

2- **فكرة الالتزام بضمان السلامة:** وقد طبقه فيما يتعلق بعقد النقل، ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه الناقل أن ينقل المسافرين من مكان لآخر مقابل أجر، فقد أقر القضاء بأنه في حالة إصابة المسافر أثناء الرحلة يعتبر الناقل مسؤولاً دون حاجة لإثبات خطأ في جانبه، لأن عقد النقل يضع على عاتق الناقل التزاماً بسلامة الركاب، وهو التزام بتحقيق نتيجة، وبالتالي فإن عدم تنفيذ هذا الالتزام يرتب مسؤولية دون حاجة لإثبات خطأ في جانبه.

3- **نص المادة 1384 ف5 من القانون المدني الفرنسي:** وهذه المادة تتحدث عن المسؤولية عن الأشياء وقد طبقها القضاء الفرنسي كنظرية عامة للمسؤولية عن الأشياء، وهذه المسؤولية لا تحتاج إلى إثبات خطأ في جانب حارس الشيء حتى تقوم مسؤوليته. وكان التطبيق الأكثر شيوعاً في نهاية القرن الماضي وقبل صدور القانون المتعلق بإصابات العمل[2].

يتضح من هذا العرض السريع أن كلاً من المشرع والقضاء الفرنسيين قد أوجدا حالات من المسؤولية المدنية لا تستند على فكرة الخطأ، فما هو الأساس القانوني للمسؤولية في هذه الحالات؟ للإجابة على هذا التساؤل نعرض لنظريتين الأولى تقوم على فكرة المخاطر، والثانية تستند على فكرة الضمان:

1- **نظرية المخاطر:** قال بهذه النظرية ((سالي)) في نهاية القرن الماضي ومقتضاها أنه يجب أن ينسب الضرر الذي حدث إلى أحد شخصين، إما المضرور نفسه أو شخص آخر، وفي هذه الحالة يفضل النظر إلى المستفيد من النشاط الذي

---

(1) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، في الالتزامات المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة، القاهرة 1988، ط5، ف50.

(2) ستارك، المسؤولية المدنية، ط2، باريس 1985، ف38، ص24.

حدث في نطاقه الضرر فيكون هو المسؤول عن تعويض هذا الضرر دون غيره، فهو الذي تعود عليه الفائدة من النشاط.

وبالتالي، يجب أن يتحمل المخاطر الناتجة عن نفس النشاط[1].

2- فكرة الضمان: تقوم هذه النظرية على أسس التساؤل عما إذا كان البحث في أساس المسؤولية ينظر فيه إلى المسؤول أو إلى المضرور؛ بعبارة أخرى لماذا يجبر الشخص على تعويض ضرر معين؟ هل لأن الضرر قد حدث فأدخل بالتوازن الاجتماعي أو لأنه مقترف خطأ فيعاقب بتعويض هذا الضرر؟

للإجابة على هذا التساؤل يرى الأستاذ ستارك أنه يجب البحث عن أسس المسؤولية بالنظر إلى المضرور وليس إلى المسؤول، بمعنى أن هدف المسؤولية وبالتالي أساسها القانوني يكمن في ضرورة تعويض الضرر، أي أن المسؤولية المدنية تهتم بالمضرور (الضحية) بغرض تعويضه لا بالمسؤول بغرض معاقبته. على أن هذا النظر لا ينفي مطلقاً النظر إلى المسؤول، ففي حالات معينة يكون الخطأ واضحاً، وهنا تقام المسؤولية لتعويض الضرر الذي حدث، وفي نفس الوقت لمعاقبة المخطئ، على أنه من الحالات التي يصعب فيها إثبات الخطأ أو يستحيل أن يكون الضرر كافياً لقيام المسؤولية[2].

(1) ستارك، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص228، د. محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، المرجع السابق، 434 ف346 و347.

(2) ستارك، السابق، ص222.

المبحث الثاني

أساس المسؤولية المدنية في الفقه القديم والحديث وفي نوعي المسؤولية

يلاحظ أن التقنين الفرنسي الذي وضع في بداية القرن التاسع عشر قد حرص على ذكر القاعدة العامة لأساس المسؤولية المدنية حيث نصت المادة 1382 على أن: ((كل فعل أياً كان يقع من الإنسان ويسبب ضرراً بالغير يلتزم من أوقع ذلك الفعل الضار بخطأه أن يعوض هذا الضرر))، وإذا كانت تلك المادة هي أساس المسؤولية التقصيرية التي قننها القانون الفرنسي نقلاً عن دوما وبوتييه فإن المشرع الفرنسي وضع في التقنين نصوصاً أخرى هي المواد من 1384 ـ 1386 وهذه المواد تتحدث عن مسؤولية ذوي الحرف ومسؤولية المتبوع عن تابعه والمسؤولية عن الحيوان والبناء وذلك تطبيقاً لما اعتنقه من مبدأ عام وهام هو قيام المسؤولية على أساس الخطأ. إذ تنص المادة 1384/1 على أن: ((يسأل الشخص ليس فقط عن الأضرار التي تنتج عن فعله الشخصي بل أيضاً عما ينشأ عن فعل الأشخاص الذي يجب أن يؤدي حساباً عن أفعالهم أو من فعل الأشياء التي تحت حراسته.

فالمشرع الفرنسي قد وضع بذلك قاعدة واستثناء. أما القاعدة فهي قيام المسؤولية المدنية بمقتضى المادة 1382 على أركان ثلاثة ضرر وخطأ وعلاقة سببية فيما بينهما. أما الاستثناء هو الذي ورد في المادة 1384/1 وتطبيقاتها التي نصت عليها المواد 1385 و1386 فمقتضى هذه المادة أصبح الخطأ مفترضاً في جانب الفاعل، وقد أخذ الفقه بهذا الخطأ المفترض وسار به شوطاً بعيداً وتابعه المشرع ـ كما ذكرنا في المبحث الأول والثاني ـ في أحوال كثيرة، حتى أصبح من الممكن القول أن ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية لم يعد هو الركن الهام والمعول عليه لنهوضها. بل لقد برزت نظرية تحمل التبعة كأساس لهذه المسؤولية وغالى البعض وأراد أن يجعل من مبدأ تحمل التبعة أساساً للمسؤولية في كل صورها[1]. أما في المسؤولية العقدية فقد صار الخطأ العقدي خطأ وهمياً إذ يكفي عدم قيام المدين في العقد بتنفيذ التزامه لتقوم مسؤوليته سواء أكان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه ناشئاً عن تعمده أم عن إهماله أم عن فعله[2]. وإذا كان ذلك كذلك سواء

---

(1) أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، المسؤولية المادية (نظرية تحمل التبعة) مقالة منشورة في مجلة العلوم القانونية والسياسية التي تصدرها كلية القانون والعلوم السياسية في جامعة بغداد، عدد خاص بمناسبة اليوبيل الماسي للكلية، مايس 1984، ص21 وما بعدها فـ2 وما بعدها.

(2) د. السنهوري، مصادر الالتزام، ج1، ص736.

بالنسبة للمسؤولية العقدية أو التقصيرية فإن تلك القاعدة التي قنن بها التقنين الفرنسي ما وصل إليه الفقه في القانون الفرنسي القديم من جعل المسؤولية كأساس عام ترمز على الضرر والخطأ وعلاقة السببية. هذه القاعدة أخذت تهتم كثيراً وضعف أساسها، ولم يعد كثير من الشراح والفقهاء المحدثين يسلم بالخطأ كأساس هام للمسؤولية بل أخذوا يبحثون عن أساس آخر يرون فيه محاولة جادة لتحقيق العدالة ولجبر ضرر المضرور وهو الهدف الأساسي من انعقاد نظرية المسؤولية[1].

إلا أن هذه الأفكار التي قامت لدى الفقه المعاصر قد اصطدمت بالنصوص القانونية المطبقة وقد أخذ عليها البعض أنها ((إن صلحت لتوجيه المشرع نحو تنظيم جديد للمسؤولية المدنية إلا أنها لا تركز على النصوص القانونية ولا تستقيم معها[2]. وسوف نتابع فكرة الخطأ لدى الفقه قديمه وحديثه وعلى صعيدي المسؤوليتين العقدية والتقصيرية وفي فرعين نعقد الأول لدراسة الفقه القديم ونفرد الثاني لبحث الفقه الحديث وذلك بإيجاز شديد.

الفرع الأول: أساس المسؤولية العقدية والتقصيرية في الفقه القديم

المطلب الأول: أساس المسؤولية العقدية

يذهب الفقه القديم إلى أن المسؤولية العقدية إنما هي أثر للالتزام العقدي، وهذا يعني أن العاقد إذا أخل بالتزامه الناشئ عن العقد، فإن ذلك لا يعني انقضاء الالتزام، بل تغيير شكل التنفيذ، وبكلمات أخرى، إن العاقد يلتزم بتنفيذ الالتزام إما عيناً أو بمقابل، وليس التنفيذ بمقابل وهو ما يسمى بطريق التعويض إلا التزاماً أصلياً في ذمة العاقد، كل ما في الأمر أن شكل التنفيذ يتغير من تنفيذ عيني إلى تنفيذ بمقابل أو تنفيذ بطريق التعويض، وعلى ذلك فإن المسؤولية العقدية تخضع لأحكام العقد ولإرادة أطرافه، ويقول الفقه القديم أن المشرع الفرنسي نص في المادة 1302 مدني على انقضاء الالتزام بهلاك محله دون خطأ من المدين، ومفهوم المخالفة لهذا النص عدم انقضاء الالتزام في هاتين الحالتين فإن معنى ذلك بقاؤه غاية الأمر أن يتحول شكل تنفيذه من تنفيذ عيني إلى تنفيذ بمقابل. فالمسؤولية العقدية بما أنها تنشأ من العقد وتخضع لإرادة أطرافه، فإن ذلك يعني وجود اتفاق ضمني بينهم على وجود التزام احتياطي لا يرى النور

---

(1) د. محمد نصر الدين محمد، أساس التعويض، المرجع السابق، ف46، ص58.

(2) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، معهد البحوث والدراسات العربية، ط1871، ف48، ص97؛ الوافي في شرح القانون المدني، ج2، في الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد وإرادة المنفردة، ط44، مصر الجديدة، 1987.

إلا بانقضاء الالتزام الأصلي، وذلك بهلاك محله أو استحالة الوفاء به نتيجة لخطأ المدين. أما الالتزام الاحتياطي الذي يترتب بمقتضى الاتفاق الضمني فيتمثل في تعويض المضرور إذا لم يتم تنفيذ الالتزام بخطأ المدين. وهذا يعني أن إلزام المدين بالتعويض ليس إنشاء التزام جديد في ذمته وإنما هو ((طريق لتنفيذ الالتزام الثابت في ذمته من قبل بدليل بقاء التأمينات المقررة ضماناً للالتزام ضامنة لوفاء المدين بالتعويض عند الإخلال به))[1].

ويذهب أنصار الفقه القديم تأسيساً على نظريتهم في المسؤولية العقدية إلى أن الخطأ فيها مفترض بمعنى أن الدائن لا يكلف لإثبات مسؤولية المدين بإثبات خطأه ولا يستطيع المدين التحلل من التزامه بالتعويض إلا إذا أثبت أن عدم تنفيذه لالتزامه أو تأخره في تنفيذه إنما يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه وعلى ذلك فعلى الدائن أن يثبت فقط وجود العقد لتثبيت المسؤولية في حق المدين الذي يتحمل عبء إثبات أنه قام بالتزامه العقدي أو عليه أن يتحمل بعد ذلك مسؤولية عدم تنفيذه لالتزامه أو تأخره في تنفيذه وتقع على كاهله في تلك الحالة الأخيرة مسؤولية عن التنفيذ بمقابل وهو التعويض[2].

المطلب الثاني: أساس المسؤولية التقصيرية

يميز الفقه القديم بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في طبيعة كل منهما حيث تقوم الأولى على أساس مخالفة الواجب القانوني فيعتبر الفعل الضار مصدرها وتنظم أحكامها نصوص القانون واستدلوا على ذلك بما ذهب المشرع الفرنسي من نصه على المسؤولية التقصيرية في الباب الخاص بالالتزامات التي تنشأ دون اتفاق[3]. وإن هذه المسؤولية تتميز بالأساس الذي تقوم عليه، إذ تقوم بوضوح على الخطأ الذي يعتبر أحد عناصرها الأساسية[4].

ولاحظ أن فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية ظهرت واضحة عند فقهاء النظرية التقليدية تأثراً منهم بالقانون الروماني. ولما كان الخطأ هو أساس المسؤولية التقصيرية فإن الفقه التقليدي رأى في تلك المسؤولية سمة مميزة وهي مسؤولية الفاعل عن كل خطأ مهما كان يسيراً وإن كان الرجل العادي لا يستطيع تفاديه وذلك

---

(1) د. السنهوري، الوسيط، ج2، المرجع السابق، ف409، والمصادر الفقهية التي أشار إليها؛ د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني: أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة عبدالله وهبة، مر 1967، ف5 ص7؛ جد. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف3 ص11، والمصادر التي أشار إليها.
(2) د. السنهوري، الوسيط، ج2، المرجع السابق، ص848.
(3) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، المرجع السابق، ف5، ص10؛ د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف3 ص8.
(4) د. محمد جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية، المرجع السابق، ص14.

وفقاً لمبدأ روماني قديم هو أن فكرة العدل عند هؤلاء تقضي بأن يميل الشارع دائماً إلى جانب المضرور الذي لم يكن لديه سبب في الضرر الذي لحقه ولم يكن باستطاعته تجنبه[1]. وفيما يتعلق بالأهلية ذكروا أنه يكفي لقيامها توافر التمييز لأن الالتزام بتعويض الضرر لا يدخل فيه اتجاه إرادة المسؤول بل انحرافه عن السلوك السوي وتكفي بالتالي قدرته على التمييز بين الخير والشر فليلزمه القانون بتعويض الضرر الذي أحدثه ويحمله بالالتزام رغماً عن إرادته، وبعبارة أخرى إن أهلية الشخص للالتزام بنتائج أفعاله الضارة تتسع ليلتزم بتلك النتائج لمجرد التمييز بين الخير والشر فيحاسب على خطئه[2]. وفيما يختص بعبء الإثبات فإن على المضرور أن يثبت وقوع ذلك الخطأ في المسؤولية التقصيرية لأن الالتزام بالتعويض مصدره الفعل الضار فيقع على كاهل الضحية إقامة الدليل على توافر كل أركان المسؤولية ومنها ((ركن الخطأ)). ولقد كانت تلك السمة دافع القضاء إلى وقت قريب في اعتباره مسؤولية الطبيب تجاه المريض مسؤولية تقصيرية رغم وجود عقد العلاج الطبي، ورغم كون العقد القائم بينهما مصدر التزامه نحوه ليضع على عاتق المريض عبء إثبات خطأ الطبيب ليحكم به بالتعويض عليه.

الفرع الثاني: أساس المسؤولية العقدية والتقصيرية في الفقه الحديث

لم تدم طويلاً النظرية التقليدية فيما ذهبت إليه من ثنائية المسؤولية المدنية واختلافها بين مسؤولية عقدية وتقصيرية إذ هاجمها عدد من الفقهاء الفرنسيين منهم جراغولان وبلانيول[3] الذي عرف الخطأ بأنه إخلال بالتزام سابق وبناء عليه فإن المسؤولية المدنية هي جزاء الإخلال بذلك الالتزام السابق سواء أكان ذلك الالتزام قد رتبه العقد أو فرضه القانون[4]. وهذا يعني أن طبيعة كل من المسؤوليتين العقدية والتقصيرية طبيعة واحدة فيترتب على إبرام العقد نشوء التزام بتنفيذه وإذا أخل المدين به نشأ على عاتقه التزام جديد بتعويض الدائن عن الضرر الذي لحقه نتيجة إخلاله به. إن كلاً من المسؤولية العقدية والتقصيرية جزاء على الإخلال بالتزام سابق سواء رتبه

---

(1) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف5 ص20.

(2) د. السنهوري، الوسيط، ج2، ص848؛ د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف8 ص22؛ د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، المرجع السابق، ص12.

(3) أشار إليه السنهوري في الوسيط، ج2، ص849؛ وسليمان مرقس، المسؤولية المدنية، المرجع الأسبق ص19 هامش 6؛ ومحمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ص12 هامش 20.

(4) د. عبدالحميد محمود البعلي، نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1978، مطبوعة الآلة الكاتبة، ص62 هامش1.

العقد أو القانون، إذ لا تقوم المسؤولية عند ((بلانيول)) إلا إذا وجد التزام سابق حصل الإخلال به ولا يغير من طبيعة المسؤولية أن يكون ذلك الالتزام قد قرره العقد أو فرضه القانون. وفي هذا الخصوص يقول الدكتور سليمان مرقس ((إن دعوى المسؤولية العقدية متحدة مع دعوى المسؤولية التقصيرية في الموضوع والسبب والخصوم إذ إن الموضوع هو التعويض عن الضرر والسبب هو الواقعة الضارة سواء وصفت هذه الواقعة بأنها إخلال بالتزام عقدي أو وصفت بأنها إخلال بالتزام قانون)). ويرى الدكتور مرقس أيضاً أن السبب في الدعوى بوجه عام هو مصدر الحق المدعى به وأن كون الالتزام الأصلي الذي وقع الفعل الضار إخلالاً به التزاماً عقدياً أو التزاماً قانونياً لا يعدو أن يكون وصفاً لهذا الالتزام يترتب عليه وصف مسؤولية فاعل الضرر بأنها عقدية أو تقصيرية وما يتبع هذا الوصف من آثار ولكنه لا يغير من سبب المسؤولية شيئاً ولا ينفي وحدته ولا يسمح بالقول باختلاف السبب في كل من المسؤوليتين العقدية والتقصيرية[1]. ويقول أنصار وحدة المسؤولية أن المسؤولية في النوعين ذات طبيعة تقصيرية ومن ثم يجب تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على المسؤولية العقدية في حالة الإخلال بهذه الأخيرة، وانتهوا فيما ذهبوا إليه إلى رد الفروق التي قال بها أنصار النظرية التقليدية بين نوعي المسؤولية، فقالوا بالنسبة للأهلية لا يوجد في الحقيقة فرق بين النوعين إذ الأهلية إنما تشترط في إنشاء الالتزام العقدي وليس في ترتيب الأثر على الإخلال به إذ يظل المتعاقد مسؤولاً عن تنفيذ التزامه في حالة فقد أهليته بعد نشوء العقد، فالفرق مقصور على ما يشترك في نشوء الالتزام العقدي وقيام الالتزام القانوني[2].

أما من حيث الإثبات فقد أكدوا أن الفرق بين النوعين من المسؤولية لا يتعلق بالطبيعة ولا بنوع المصدر يخص محل الالتزام الذي حصل الإخلال به وكونه إيجابياً أو سلبياً بصرف النظر عن مصدر ذلك الالتزام[3]. فالعبرة في من يقع عليه عبء الإثبات من عدمه، إنما هي بنوع الالتزام السابق وما إذا كان إيجابياً بعمل أو سلبياً بالامتناع، وليست العبرة بنوع المسؤولية ذاتها ذلك بأن المدين هو الذي يكلف بإقامة الدليل على قيامه بالعمل الذي التزم القيام به. ولما كان الالتزام في المسؤولية التقصيرية هو في

(1) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، القسم الأول، المرجع السابق، ف35، ص60.

(2) د. السنهوري، الوسيط، ج2، المرجع السابق، ص850، ص850؛ د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف8 ص41؛ د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، القسم الأول، المرجع السابق، ص21.

(3) د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص21.

حقيقته التزام سابق بالامتناع عن الإضرار بالغير وهو التزام رتبه القانون تجاه الكافة فإن ذلك الالتزام يدخل ضمن الالتزام بالامتناع ولذلك فإن الدائن هنا يقيم الدليل على أن المدين قد أخل بالتزامه بالامتناع وأحدث بخطئه الضرر بالدائن[1].

وذهب أنصار وحدة المسؤولية أيضاً إلى أن اشتراط الأعذار في المسؤولية العقدية لا يعود إلى طبيعة خاصة بهذه المسؤولية، ولكن لوجوب إثبات تأخر المدين في الوفاء. ولما كانت الالتزامات القانونية التي تنشأ عن الإخلال بها مسؤولية تقصيرية تتجسد غالباً في الامتناع عن عمل بالأعذار ليس بشرط فيها تماماً كما لو كان الإخلال قد وقع في التزام عقدي محله الامتناع عن عمل وقد تزيد أنصار وحدة المسؤولية في الفقه الحديث فحاولوا أن ينفوا الفروق بين المسؤوليتين حتى في مدى تعويض الضرر والتضامن والإعفاء والتقادم؛ وإن كانوا لم يوفقوا في ذلك قدر توفيقهم في دحض الفروق بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية في الأهلية والإثبات والأعذار مما حدا بالدكتور السنهوري إلى القول بأنه: ((رغم ما نجح فيه أنصار وحدة المسؤولية إلا أنه لا تزال توجد فروق جوهرية بين نوعي المسؤولية ترجع إلى طبيعة كل منهما[2]. وذهب الدكتور سليمان مرقس إلى الأخذ بما ذهبت إليه النظرية الحديثة من وحدة المسؤولية في أساسها وطبيعتها مع التسليم بوجود فروق عملية بين المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزام عقدي وتلك المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزام قانوني[3]. وذهب الدكتور محمود جمال الدين زكي إلى أنه لا توجد مسؤوليتان إحداهما عقدية والأخرى تقصيرية وإنما يوجد نظامان أو نوعان لمسؤولية مدنية واحدة تقوم على أركان ثلاثة هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما[4].

على أنه أياً كان الرأي سواء عند أنصار ثنائية المسؤولية أو وحدتها أو من قالوا بوجود فروق عملية مع وحدة المسؤولية في أساسها وطبيعتها أو من قالوا باتحاد المسؤولية مع التسليم بوجود فروق تفصيلية في التنظيم القانوني ترجع إلى خضوع نوعي المسؤولية من بعض الوجوه لقواعد مختلفة، فالفقه الحديث كالفقه القديم ما زال يقر المبدأ الذي قرره ((دوما وبوتييه)) ونقله عنهما التقنين الفرنسي، من اعتبار الخطأ أساس المسؤولية واعتبار المسؤولية أساس التعويض.

(1) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص26.
(2) الأستاذ د. السنهوري، الوسيط، ج2، المرجع السابق، ص853.
(3) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، القسم الأول، المرجع السابق، ص31.
(4) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص98.

المبحث الثالث
تطور فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية

نتكلم في هذا المبحث عن تطور فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية وفي ثلاثة فروع، نخصص الفرع الأول لبحث تطور فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية العقدية، ونعقد الفرع الثاني لدراسة تطور فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية التقصيرية، ونفرد الفرع الثالث لمناقشة جهود القضاء الفرنسي للتوسع في فكرة الخطأ.

الفرع الأول: تطور فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية العقدية

جاء في الفقه القديم والحديث، إن الإخلال بالعقد المبرم بين أطرافه يشكل المسؤولية العقدية، كما أسلفنا سابقا[1]. ويضيف إلى ذلك أن المسئولية لا تنهض إلا بتوافر أركان ثلاثة في الوقت نفسه هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية، وهي ذاتها التي تشترط لقيام المسؤولية التقصيرية[2].

غير أن عند الكلام عن ركن الخطأ في المسؤولية التعاقدية، يقولون إن مجرد عدم وفاء المدين بتعهده أو عدم تنفيذه لالتزامه التعاقدي يعد خطأ، سواء أكان عدم تنفيذ الالتزام يرجع إلى تعمد المدين أو إلى تقصيره أو إهماله، ثم أضافوا أن الخطأ العقدي يتحقق حتى في حالة كون عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه يعود إلى سبب أجنبي لا دخل لإرادته فيه[3].

وينبغي أن يتوافر في ركن الخطأ عنصران هما العنصر المادي، وهو عدم القيام بالواجب على الوجه المرضي؛ والعنصر المعنوي، وهو نسبة هذه الواقعة إلى المكلف بهذا الواجب، بأن يكون قد تخلف عن القيام بواجبه، رغم أنه في وسعه أن يتبينه، وأن يقوم به، والعبرة بتوافر هذا العنصر المعنوي وبخلاف ذلك لا يمكن اعتبار الشخص

---

(1) انظر سابقاً ص33 و35 وما بعدهما.

(2) د. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج6 جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، 1968، ص111و112؛ د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج1 مصادر الالتزام القاهرة 1952، ف425 ص655؛ د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام والإثبات، مصر 1967، ف22 ص35؛ د. عبدالمنعم البدراوي النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، 1968، ص45 وما بعدها.

(3) د. السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ف427 ص656.

مخطئاً[1]، وهذه هي قدرة الشخص العادي إن وجد في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول[2].

وقد رتب الشراح على اشتراط الخطأ بركنيه المادي والمعنوي، عدم تحقق المسؤولية إذا كان عدم تنفيذ الالتزام يرجع إلى فقد المدين للتمييز، حتى إذا كان المدين قد فقد رشده وتمييزه بعد نشوء العقد، إذ لا يسأل - حسب وجهة نظرهم - عديم التمييز في هذه الحالة على أسس المسؤولية العقدية[3]. ويذهب هؤلاء الشُراح إلى أنه، في حالة عدم وجود مسؤول عن المدين أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، فإن المسؤولية في هذه الحالة الأخير لا تبنى على فكرة الخطأ، بل إنها مسؤولية مبنية على فكرة أو نظرية ((تحمل التبعة))، ويذهب البعض عند الكلام عن إثبات الخطأ، إلى التمييز بين ((التنفيذ العيني)) و ((التعويض))، فالدائن إذا كان يطالب بالتعويض على ما لحقه من ضرر من جراء الإخلال بالالتزام فإن محل الإثبات الذي يكلف به الدائن يختلف باختلاف نوع الالتزام، فإذا كان الالتزام تحقيق غاية، فما على الدائن إلا إقامة الدليل على عدم تحقق النتيجة المبتغاة، دون حاجة إلى إثبات إهمال معين اقترفه المدين ومجرد إقامة الدليل على عدم تحقق النتيجة المرجوة، هو إثبات عدم تنفيذ الالتزام، أما في الالتزام بوسيلة فإن على الدائن أن يقيم الدليل على انحراف المدين عن السلوك الواجب عليه، فلا يكفي إثبات عدم تحقق الغاية المقصودة[4]. ويستند الدكتور محمد نصر الدين محمد على هذه النتيجة ليقول: ((وهكذا نجد أن اشتراط ركن الخطأ كأساس للمسؤولية القديمة قد تهاوى في الحقيقة والواقع ولم يبق له من وصل إلا التحايل القانوني لتأكيد أن الخطأ أساس المسؤولية العقدية وأن المسؤولية هي أساس التعويض ولا عبرة للقول بأن مبدأ الاستصحاب للوضع السابق هو أساس إلقاء عبء الإثبات سواء في الالتزام بتحقيق نتيجة إيجابية أو في الالتزام بتحقيق نتيجة سلبية إذ إنه حتى بتطبيق هذا المبدأ لا يكلف الدائن بإثبات انحراف سلوك المدين عن السلوك الواجب إلا إذا كان محل النزاع هو مقدار العناية التي بذلها المدين في تنفيذ الالتزام ببذل عناية وهكذا نرى أن ركن الخطأ الذي قالوا به ينحصر في تلك الدائرة الضيقة في جزئيه خاصة من أحد نوعي الالتزام اللذين قالوا بهما وهما الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة))[5].

---

(1) د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام والإثبات، المرجع السابق، ف24 ص38.

(2) د. محمد نصر الدين محمد، أساس التعويض، المرجع السابق، ف59، ص75.

(3) د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام والإثبات، المرجع السابق، ف24 ص40.

(4) د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام والإثبات، المرجع السابق، ف26، ص43 - 44.

(5) د. محمد نصر الدين محمد، أساس التعويض، المرجع السابق، ف60، ص76.

ويرى الدكتور محمد نصر الدين محمد أنه: ... إذا كانوا قد استعاضوا عن نظرية تدرج الخطأ[1] بنظرية تقسيم الالتزام إلى التزام بعناية والتزام بغاية لتأكيد اشتراط ركن الخطأ في المسؤولية العقدية فإن هذا الركن حتى على ذلك التقسيم لا يعدو أن يكون تحايلاً قانونياً إذ إنه في الالتزام بتحقيق نتيجة ليس على الدائن أن يثبت أن المدين قد ارتكب إهمالاً معيناً إذ يثبت الركن المادي للخطأ عندهم بمجرد عدم تحقق النتيجة. ويعلل الشراح - والكلام لا يزال - للدكتور محمد نصر الدين محمد - ذلك التحايل القانوني بأن القانون قد افترض أن عدم تحقق النتيجة راجع إلى فعل المدين فيلزم بالتعويض ما لم يسقط هذه القرينة بإقامة الدليل على أن سبباً أجنبياً لا يد له فيه قد جعل تنفيذ الالتزام على الوجه المرضي مستحيلاً. والغريب أن هؤلاء الشراح رغم تمسكهم بركن الخطأ يذكرون أنه في الأحوال التي يظل فيها سبب عدم التنفيذ مجهولاً لا يدري إن كان راجعاً إلى المدين أم إلى سبب أجنبي جعل التنفيذ مستحيلاً يظل المدين مسؤولاً وإذا لم يكن من الممكن القول بوجود خطأ عند المدين على سبيل اليقين في هذه الأحوال وهو مناط قولهم بمسؤوليته كأساس لاستحقاق الدائن للتعويض قالوا إن الخطأ هنا خطأ مفترض وهكذا نعود إلى مسميات لا تعدو أن تكون في الحقيقة والواقع تحايلاً قانونياً دفع إليه بلا شك التمسك بالخطأ كأساس للمسؤولية والتمسك بالمسؤولية كأساس للتعويض[2].

الفرع الثاني: تطور فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية التقصيرية

أشار التقنين المدني الفرنسي إلى حالات المسؤولية التقصيرية في المواد من 1382 إلى 1386، وقد ضمن المشرع المادة 1382 المبدأ العام الذي اعتنقه ((دوما وبوتييه)) من جعل الخطأ كمبدأ عام أساساً للمسؤولية التقصيرية، فقد نصت على أن ((كل فعل أياً كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطأه هذا الضرر أن يعوض هذا الضرر)). ولكن تفاقم مشاكل الضرر والتعويض شيئاً فشيئاً بسبب تغير الظروف الاقتصادية وتطور الصناعة وشيوع استعمال الآلات الميكانيكية والكهربائية في جميع نواحي النشاط الإنساني، وقد رافق ذلك تفاقم عدد الحوادث الضارة تفاقماً لا مثيل له. وانتشار النزعة المادية نتيجة لرواج الصناعة والتجارة وزيادة الأرباح وتضخم الثروات، ظهور الفلسفة الوضعية، ونتيجة لذلك أخذت قضايا المسؤولية تتلاحق وتتضاعف، وتقتحم في كل يوم حقلاً جديداً وتستحدث في كل ميدان ألواناً من المشاكل، حتى

(1) د. محمد نصر الدين، أساس التعويض، المرجع السابق، ف60، ص76.
(2) د. محمد نصر الدين محمد، أساس التعويض، المرجع السابق، ف61، ص77.

وصفها العلاّمة ((جوسران)) بأنها أصبحت محور القانون المدني، وبالتالي محور القانون كله[1]. ونتيجة لكل ما تقدم فإن الفقه وهو الرائد في القضاء أخذ يبحث عن وسيلة لجبر الضرر، أخذ يفتش عن أساس أكثر عدالة يمكن بواسطته تعويض المتضرر عما لحقه من ضرر، ولعل المسؤولية الناشئة عن الأشياء هي التي أيقظت الفقه ودفعته إلى البحث عن وسيلة أو أساس جديد للمسؤولية يعفي المتضرر من إقامة الدليل على خطأ الشخص الذي يراد إلقاء المسؤولية على عاتقه، بعد أن تبين للفقه أن المادة 1/1384 من التقنين المدني الفرنسي، لا تسعف الضحية (المضرور)، وتقصر عن تعويض ضرر المتضرر ووقف مبدأ الخطأ كأساس للمسؤولية حجراً كؤودا أمام حصول المضرورين على حقوقهم في تعويض الأضرار التي أصابتهم، فكيف يتأتى لهم إثبات خطأ صاحب العمل والحادث غالباً ما يرجع إلى تشغيل الآلة ذاتها، فمن الصعب، إن لم يكن من المستحيل إثباته والنتيجة ضياع حقه، وفي فرنسا بصفة خاصة، وأمام تأخر تدخل المشرع لإقرار حماية المضرورين، فقد حمل القضاء على عاتقه هذا العبء بضغط وتمهيد من جانب الفقه، وقام هذا القضاء بتفسير جديد لنصوص المواد القانونية الموجودة بالفعل والتي تنظم المسؤولية المدنية، والتي كانت تقرر بحسب الأصل مسؤولية خطئه، ليجعل منها مبدأ عاماً للمسؤولية غير الخاطئة في مجال محدد، وإن كان متسعاً، وهو ميدان المسؤولية عن الأشياء[2]. ومن هذا المنطلق، ووفقاً لتلك الرؤية، أخذ جانب من الفقه يذهب إلى جعل قوام المسؤولية الناشئة عن الأشياء خطأ مفترضاً يعفي (الضحية) المضرور من عبء إثباته، وبناءً عليه، نشأت نظريتان هما نظرية الخطأ المفروض فرضاً قابلاً لإثبات العكس، ونظرية الخطأ الذي لا يقبل إثبات العكس، وتؤسس النظرية الأولى على أساس نقل عبء الإثبات بالنسبة للخطأ الذي يصيب الغير بضرر نتيجة فعل الأشياء من على كاهل الدائن المدعي بوجود الضرر إلى عاتق الشخص الذي يراد إلقاء المسؤولية على عاتقه عن فعل الشيء، وهذا يعني أنه يكفي لإقامة الدليل على حق المتضرر المدعي في التعويض بأن يبرهن على وجود الضرر وعلاقة السببية بين هذا الضرر وبين تدخل الشيء، وبعبارة أخرى، أن القانون افترض وقوع خطأ من الحارس نتيجة عدم تبصره وإهماله في حراسة الشيء، مما أدى، إلى

(1) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول ـ الأحكام العامة، المرجع الأسبق ف41 ص83 ـ 86؛ د. محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف22 ص50 وما بعدها؛ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، المرجع السابق، ف26، ص28 ـ 29.
(2) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، المرجع السابق، ف26 ص29.

وقوع الضرر (بالضحية) المتضرر، وهذه القرينة، إنما هي قرينة قانونية غير قاطعة، يستطيع الشخص الذي يراد إلقاء المسؤولية على عاتقه أي حارس الشيء، أن ينفيها وذلك بإثبات انعدام الخطأ في جانبه فضلاً عن إثبات السبب الأجنبي. وقد استند القائلون بنظرية الخطأ المفترض على المادة 1/1352 من التقنين المدني الفرنسي، التي تحتم أن تكون القرائن غير البسيطة، الثابتة أو القاطعة التي لا تقبل إثبات العكس منصوصاً عليها في القانون صراحة[1]. ولكن هذه النظرية سرعان ما لقيت نقداً من الفقهاء، وذلك بعد أن لاذ القضاء بها وتلقفها، فحاول أن يقيم المسؤولية عن الأشياء بشكل عام على أساس نصوص المواد التي نظمت المسؤولية عن فعل الحيوان في التقنين الفرنسي، لأن هذا القانون لم ينظم المسؤولية عن الأشياء بصريح النص، حيث لم يرد فيه نص يرتب المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن فعل الأشياء بشكل عام، بل نظم بنص صريح مسؤولية الشخص عن فعل الحيوان وعن تهدم البناء، وقد اعتبر الفقه القواعد الواردة في المادتين 1385 و1386 من التقنين المدني الفرنسي، التي تعفي (الضحية) المتضرر من إقامة الدليل على ركن الخطأ، إنما هي استثناء من القواعد العامة، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه، أو القياس عليه. أما الأضرار المتمخضة عن الأشياء غير الحية، فتنطبق عليها القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين 1382 و1383 التي تفرض على كاهل (الضحية) المتضرر إقامة الدليل على خطأ الشخص الذي يراد إلقاء المسؤولية على عاتقه. ويرى البعض أن الاستناد إلى المادة 1/1384 التي تضع على كاهل حارس الأشياء المسؤولية عن الأضرار الناشئة بفعل الشيء ليس كافياً لنقل عبء الإثبات إلى عاتق المدعى عليه، ذلك أن تلك المسؤولية لا تقوم حينئذ على قرينة الخطأ، فالمسؤولية التي تؤسس على قرينة خطأ لا يقبل إثبات العكس تكون إلى المسؤولية الموضوعية أقرب، بل لعلها تكون مسؤولية موضوعية كاملة تقوم على مجرد وقوع الضرر من فعل الشيء. فافتراض الخطأ بصفة قطعية ليس إلا (حيلة لجأ إليها الفقه والقضاء للإبقاء على الخطأ كأساس للمسؤولية عن الأشياء) في حين أن هذه المسؤولية لا ترتكز إطلاقاً على وقوع خطأ من الحارس[2]. فالسبب الذي تقوم

(1) د. سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، 1936، ص92؛ د. محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص374؛ د. محمد نصر الدين محمد، أساس التعويض، المرجع السابق، ف63 ص81.

(2) د. محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف288 ص378؛ د. محمد نصر الدين محمد، أساس التعويض، المرجع السابق، ف63، ص82.

عليه الدعوى في المادة 1/1384 ليس هو الخطأ، وإلا لما كان هناك محل للقول باختلاف الأساس الذي يقوم عليه النصان، خاصة أن القضاء يعتبر أن المادة 1382 ترتكز على الخطأ، وسبب دعوى المسؤولية العقدية يختلف عن سبب دعوى المسؤولية التقصيرية، وأن سبب دعوى المسؤولية عن الفعل الشخصي يختلف عن سبب دعوى المسؤولية عن فعل الغير وعن فعل الأشياء[1]. وبناءً على ما تقدم يتبين أن المادة 1/1384 من القانون المدني الفرنسي، المقابلة للمادة 178 مدني مصري، والمادة 231 من القانون المدني الفرنسي، المقابلة للمادة 178 مدني مصري، والمادة 231 مدني عراقي، لم تأت بحكم خاص بالإثبات، بل جاءت بقاعدة موضوعية، والقواعد الموضوعية، تتميز بعدم إمكان إثبات عكسها[2]. وهذا التعارض هو الذي أفضى إلى إبراز نظرية الخطأ الثابت أو المحقق، التي أسست مسؤولية حارس الشيء على مرتكز المادة 1/1384 مدني فرنسي، حيث تقوم مسؤولية الحارس في هذه النظرية الأخيرة على أساس خطأ ثابت أو محقق لا مجال لإثبات عكسه[3]. ومقتضى هذه النظرية أن المادة 1/1384 من التقنين المدني الفرنسي تفرض على كاهل حارس الأشياء، التزاماً قانونياً بحراسة الشيء ومراقبته والسيطرة عليه سيطرة كاملة بحيث لا يسمح له بأن يفلت من سيطرته، ويلحق الضرر بالغير، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية وليس التزاماً ببذل عناية، فإذا فلت الشيء من سيطرة حارسه ورقابته، وألحق ضرراً بالآخرين، يعتبر حارس الشيء مخلاً بالتزامه، الذي هو التزام بنتيجة، يمنع وقوع الضرر، وبالتالي، يعد مقترفاً لخطأ في حراسة الشيء، وهذا الخطأ محقق أو ثابت، في جانب الحارس، ولا يستطيع نفيه بأن يثبت العكس. ويستند الدكتور محمد نصر الدين محمد على هذه النتيجة ليقرر بالقول:

((... إن تأسيس المسؤولية عن الأشياء على فكرة الحراسة ليس في نظر هؤلاء في الحقيقة إلا أخذاً بنظرية تحمل التبعة. والحقيقة أن القول بوجود خطأ ثابت غير قابل لإثبات عكسه أياً كان أساس القول به لا يعدو أن يكون حيلة قانونية لجأ إليها الفقه لتعويض المضرور عما أصابه من ضرر توخياً للعدالة. ومراعاة للجانب الضعيف وهو المصاب. وسواء قيل أن نظرية الخطأ الثابت لا تخرج عن كونها وجهاً آخر لنظرية تحمل

(1) د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، المرجع السابق، ف279 ص306.

(2) د. سليمان مرقس، في نظرية المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص140؛ د. عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، القاهرة، 1960، ف530 ص578.

(3) د. محمد نصر الدين محمد، أساس التعويض، المرجع السابق، ف63 ص82؛ د. محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف291، ص380.

التبعة مما يجعلها قابلة لنفي الانتقادات التي توجه إلى هذه النظرية الأخيرة أو قيل بأن تلك النظرية تستهدف الإبقاء على فكرة الخطأ، وما هي في الحقيقة إلا مسؤولية موضوعية، فإن الواضح أن فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية أخذت تتوارى شيئاً فشيئاً))[1].

يثير هذا الرأي تساؤلات عدة؛ فهل من الصحيح أن الخطأ كأساس للمسؤولية لم يصمد طويلاً، وأن الخطأ ليس شرطاً لقيام المسؤولية ولا يصل أساساً لها إطلاقاً وتعميماً.

كما يقول البعض[2]! وإن الضرر هو أساس التعويض ولا أهمية لوجود الخطأ من عدمه؟ وإن كان هذا صحيحاً في المسؤولية المدنية بوجه عام، فهل هو صحيح في المسؤولية الطبية بوجه خاص؟ وبعبارة أخرى، هل يمكن إقامة المسؤولية المدنية على عنصر الضرر، وبالتالي إقامة المسؤولية الطبية على عنصر الضرر أيضاً، من دون حاجة للالتفات إلى عنصر الخطأ؟ وهل صحيح أن اعتبار الخطأ أساساً للمسؤولية، أخذ يهتز أشد الاهتزاز لاصطدامه بالضرورات الاجتماعية، شأن كل عمل من وضع بشر غير مستند إلا على تصور عقلي، أو حيل قانونية أو صياغات فقهية؟ وهل صحيح أن فكرة الخطأ أخذت تتوارى شيئاً فشيئاً؟! وهل أن الخطأ لا يزال يعتبر كمبدأ عام أساساً للمسؤولية المدنية؟ أم أن هناك أساساً آخر غير الخطأ، وأن الخطأ نوع من أنواع المسؤولية لا شرط أساسي لتحقيقها؟!.

ينبغي علينا - قبل الإجابة عن هذه التساؤلات - أن نعرض جهود القضاء الفرنسي للتوسع في فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية.

الفرع الثالث: جهود القضاء الفرنسي للتوسع في فكرة الخطأ

معروف أن التقنين الفرنسي الذي وضع سنة 1804 إنما شرع في ظروف تختلف تماماً عن تلك التي أدى إليها التطور السريع الذي شهدته فرنسا بصورة خاصة والعالم الغربي بصورة عامة في بداية القرن التاسع عشر من شيوع استعمال الآلات الميكانيكية وظهور المخاطر الكبيرة، والملاحقة بسبب ما استحدثته المدنية من أدوات وآلات صار مجرد تشغيلها يجعل إصابة الإنسان بضرر لم يكن يتوقعه أحدٌ أمراً محتملاً، بل لقد أصبح الأفراد، في ظل الظروف المستحدثة والجديدة وتحت وطأة الاستخدام للمخترعات الحديثة، يندر ألا يتأثروا في أجسادهم بما يسببه استعمال هذه

(1) د. محمد نصر الدين محمد، أساس التعويض، المرجع السابق، ف63، ص83.
(2) د. محمد نصر الدين محمد، أساس التعويض، المرجع السابق، ف57، ص72.

المخترعات. ولما كان القضاء هو المنوط به تطبيق نصوص القانون وهو بذلك الأكثر معرفة بما إذا كان النص القانوني يتماشى مع قواعد العدالة أو أن تطبيقه بعد تغير الظروف التي شرع فيها يجافي تلك القواعد ولا يحقق الغاية التي يتوخاها المشرع وهي محاولة تحقيق العدالة لأولئك الذين يسبغ القانون عليهم حمايته أو يبسط عليهم سلطانه. لما كان جبر الضرر للمضرور من الموضوعات التي يوليها المشرع حمايته، فإن موضوع المسؤولية المدنية كان بلا ريب أهم تلك الموضوعات التي وجد القضاء الفرنسي نفسه إزاءها أمام أمر لا حيلة له فيه وهو ضرورة التحايل على النصوص القانونية بما يملكه من حق تفسير هذه النصوص حتى يتمكن القاضي في نهاية المطاف أن يحقق العدالة، أو على الأقل الاقتراب من تحقيقها، وهو الأمر الأهم الذي يتعين على القاضي أن يهتم به.

ولعل خير دليل على ما قام به القضاء الفرنسي هو التحوير الذي أدخله على نصوص المجموعة المدنية الذي يمكن أن يكون تعديلاً جوهرياً لمدلول تلك النصوص كما أرادها المشرع، فذلك مبدأ الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية الذي يعتبره فقهاء القانون أهم ما ابتدعه الفقيه الفرنسي القديم ((دوما)) واعتنقه واضعو المجموعة الفرنسية، بعد أن اعتبروه تحقيقاً لاستقلال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية، نجد القضاء الفرنسي يتوسع في مفهومه بجعله خطأ مفترضاً تارة وخطأ غير قابل لإثبات العكس تارة أخرى. ثم إنه يقيم المسؤولية عن فعل الأشياء دون حاجة إلى إثبات الخطأ، فكون بذلك مبادئ وقواعد غيرت من وجه المسؤولية وخرجت بها أحياناً عن قصد المشرع[1]. ولقد حدا ذلك بالبعض إلى القول بأن المسؤولية المدنية أصبحت الآن نوعين أحدهما يقوم على أساس الخطأ والثاني يقوم على أساس تحمل التبعة، وإلى أن المسؤولية عن فعل الأشياء التي خلقها القضاء الفرنسي خلقاً تضاءلت أمامها المسؤولية عن الفعل الشخصي الواردة في المادة 1382 مدني فرنسي وأصبحت اليوم مع التطور الصناعي المتزايد تمثل القانون العام للمسؤولية[2].

فالقضاء الفرنسي في تطبيقه لنصوص مواد قانون 1804 سواء في المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية لم يلتزم إذاً بالنصوص بل إنه في غالبية التطبيقات لم يخرج على ظاهر النصوص فحسب بل خرج على صراحتها كذلك؛ وكان المحرك والدافع إلى هذا الخروج، ما رآه القضاء من تعارض هذه النصوص مع قواعد العدالة

(1) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص96.
(2) د. محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف20 ص48.

ومبادئ الأخلاق وهو المنوط به في الدرجة الأولى تحقيق العدل بين المواطنين أو على الأقل محاولة ذلك.

فقد لجأ القضاء الفرنسي أولاً في ظل النظرية التقليدية التي كانت تفرق بين درجة الخطأ في المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية إلى أن ((القاعدة التي تقضي بأن كل خطأ أياً كان قدره)) يلزم من إحداثه بتعويض الضرر الناتج عنه لا تنطبق على الأفعال الضارة ولا علاقة لها بالأخطاء التي تقع في تنفيذ العقد[1]، وانتهى القضاء الفرنسي بذلك إلى القول بأن الخطأ المشترط في المسؤولية العقدية يختلف عن الخطأ في المسؤولية التقصيرية فبينما المدين يسأل في الأولى عن الخطأ اليسير الذي يستطيع تحاشيه الرجل العادي، فإن الفاعل في المسؤولية التقصيرية يسأل عن كل خطأ مهما كان يسيراً ولو كان الرجل العادي لا يستطيع تفاديه[2]. وإن كان الأستاذان مازو[3] يعتقدان أن ذلك الرأي يخلط بين تحديد مضمون الالتزام وتقدير جسامة الخطأ، فإن أحكام القضاء الفرنسي في سبيل تحديد معيار الخطأ أو بالأصح تحديد معيار الرجل العادي قد رجحت بعد ذلك الأخذ بمعيار موضوعي مجرد ليس التعديل فيه على الظروف الشخصية لمرتكب الفعل الضار، وإنما يعتبر فيه سلوك شخص مجرد[4].

وإذا ما انتقلنا بعد ذلك إلى مسؤولية الطبيب نحو مريضه، نجد أن القضاء الفرنسي قد اعتبر تلك المسؤولية في أول الأمر رغم العقد القائم بين الطبيب والمريض مسؤولية تقصيرية إلى أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية سنة 1936 قرارها الشهير باعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية واستمر قضاء المحاكم الفرنسية من بعد، على ذلك، وقد كان دافع القضاء الفرنسي في اعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية أن يلقى على المريض عبء إثبات خطأ الطبيب ليحكم له بالتعويض.

أما عن المسؤولية عن فعل الأشياء، فإننا نجد أن القضاء الفرنسي لم يتوسع في فكرة نسبة الخطأ إلى الفاعل فحسب، وإنما توسع كذلك فيما يتعلق بتقديره للأفعال التي تكون الخطأ[5]، وإن كان لم يجد في بادئ الأمر عن فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية واقتصر أولاً على تسهيل عبء الإثبات فاتجه القضاء إلى استنباط واجبات والتزامات من المبادئ العامة للقانون بتسهيل إثبات خطأ أصحاب الأعمال

---

(1) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، اشار إلى هذه الأحكام في ف ص21.

(2) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، القسم الأول، المرجع السابق، ص12.

(3) مازدو وتنك، المسؤولية المدنية، ج1، ط6، المرجع السابق، ف695.

(4) د. السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص778 وما بعدها؛ د. عبدالحميد محمود البعلي، نظرية تحمل التبعة الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص104.

(5) د. محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف24، ص53.

وأصحاب الآلات الميكانيكية لتسهيل إثبات خطأ هؤلاء إذا قام ضدهم الدليل على إخلالهم بهذه الواجبات التي لم تحدد في الأصل بنص القانون أو في العقد، ومعنى ذلك أن القضاء الفرنسي لم يكتف، بالواجبات والالتزامات القانونية، وشدد في معاملة أصحاب الأعمال، ففرض عليهم اتخاذ جميع الاحتياطات الواجبة عادية وغير عادية ورفض مجاراة أرباب الأعمال في الدفع بعجزهم عن إيجاد أية وسيلة لتلافي الحوادث وأن كل هذه التطلعات من القضاء الفرنسي تعتبر بالقطع شاقة على أرباب الأعمال، إلا أنه كذلك يعيبه أن الأمر متروك لتقدير القاضي وبالتالي لا يستطيع المتخاصمون أن يعرفوا مسبقاً ما سيكون عليه الحكم[1]؛ ومن أجل ذلك وفي سبيل التوسع أيضاً في إثبات الخطأ لجأ القضاء الفرنسي إلى ما يسمى بقرائن الأحوال[2]، أو نظرية الأفعال الخاطئة[3]، حيث اعتبر أن بعض الأحداث يحمل في ذاته وطياته دليل حدوث خطأ من المتسبب، فلا يلزم المتضرر (الضحية) إلا بإقامة الدليل على وقوع الحادث[4].

ولكن القضاء لم يكتف بهذه الوسيلة بل كان يتجه دائماً إلى الأخذ بفكرة الخطأ الموضوعي وهو ما يستشف منه اتجاه القضاء إلى إحلال فكرة المخاطر محل فكرة الخطأ[5]؛ وكذلك لجأ القضاء إلى التوسع في الأخذ بالمسؤولية العقدية من أجل أن يستفيد المتضرر من تطبيق قواعد هذه المسؤولية وبالتالي تخفيف عبء الإثبات الملقى على كاهله. وإذا كانت المسؤولية العقدية يمكن التحلل منها وذلك بوضع شرط في العقد يعفي من آثارها فإن القضاء الفرنسي محاولة منه لبلوغ إربه وهو جبر ضرر المضرور لجأ في بادئ الأمر إلى التوسع في تفسير نص المادة 1386 مدني فرنسي وطبق هذه المادة على الحوادث التي يصاب فيها العامل بسبب انكسار الآلة التي يديرها، وإن كان بمقتضى هذه المادة يشترط وجود عيب في هذه الآلة. وقرر القضاء الفرنسي أيضاً تطبيقاً لقواعد العدالة أنه يتعين أن يسأل المالك عن الضرر الناجم عن العيب الموجود في الماكنة ما دام قد عهد بها للعامل؛ ويخلص البعض إلى أن قرار النقض الذي صدر في الطعن المقدم إليه على هذا الحكم ولو أنه استند إلى نص المادة 1386، فإن ذلك الاستناد ليس إلا على سبيل الاستشهاد على انتفاء الحادث الفجائي أو القوة القاهرة، وذكر هؤلاء أن محكمة النقض إذ استندت إلى المادة 1/1384 فإنها قد أقامت

(1) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، القسم الأول، المرجع السابق، ف42، ص87.
(2) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، القسم الأول، المرجع السابق، ف43 ص87.
(3) د. محمد نصر رفاعي، المرجع السابق، ف24 ص55.
(4) انظر سابقاً، ص30.
(5) د. محمد نصر الدين محمد، المرجع السابق، ف71 ص89.

مسؤولية بدون خطأ أي أخذت بالمسؤولية الموضوعية[1] على أن القضاء قد انتهى في تطوره إلى القرائن القانونية غير المقيدة، بشرط وجود عيب في الشيء، واستند فيما ذهب إليه إلى أن شرط وجود عيب في الشيء قد ورد في المادة 1386 مدني فرنسي الخاصة بمسؤولية مالك البناء عن الأضرار التي تصيب الغير من انهدام البناء مما يعني أن هذا الشرط قاصر على حالة وجود عيب في البناء لتقرير مسؤولية مالكه، وأنه استثناء مما ورد بالفقرة الأولى من المادة 1384 التي تقرر أن: ((المرء يسأل ليس فقط عن الضرر الذي يحدثه بفعله الشخصي بل أيضاً عن الضرر الذي يحدث بفعل الأشخاص الذي يكون هو مسؤولاً عنهم أو بفعل الأشياء المنوطة به حراستها[2]. وبناءً على ذلك اتجهت المحاكم إلى الاكتفاء من طالب التعويض بإقامة الدليل على أن الضرر إنما أصابه بفعل الشيء الموجود في حراسة المدعى عليه، وطبقت ابتداء من عام 1919 ذلك على الحوادث الناجمة عن الأشياء الجامدة أي أنها لم تشترط أن يكون الضرر بسبب وجود عيب في الشيء، فجعلت أساس المسؤولية بموجب المادة 1384 حراسة الشيء لا الشيء ذاته[3].

بيد أنه لما كانت القرينة التي أتى بها المشرع في المادة 1384 قرينة بسيطة لأن ذلك المشرع لم ينص على عدم قابليتها لإثبات العكس، فإن حارس الشيء ظل في نظر القضاء قادراً على نفي الخطأ المفترض في ساحته. على أن ذلك القضاء سرعان ما أكد في سنة 1930 بالحكم الذي أصدرته محكمة النقض في 13 شباط (فبراير) سنة 1930 ما كان قد بدأ يأخذ به بعد ذلك من أن القرينة الواردة في المادة 1/1384 لا يمكن هدمها إلا بإقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي الذي يعني أنه لا يكفي إقامة الدليل على أن الفاعل لم يرتكب أي خطأ أو أن يظل سبب الحادث مجهولاً لكي يعفي ذلك الفاعل من المسؤولية[4].

ويلاحظ الشراح على ذلك الحكم أنه إذا كان قد استعمل تعبير المسؤولية المفترضة بدلاً من الخطأ المفترض لإثبات أن المسؤولية لا ترتبط بالخطأ بل هي منفصلة عنه، إلا أن ذلك التعبير خاطئ لأن المسؤولية فضلاً عن تحقيق أركانها وشروطها في تلك الدعوى، فهي نتيجة قانونية، ويميز هؤلاء الشراح بين النتائج القانونية والوقائع

---

(1) د. محمد نصر رفاعي، المرجع السابق، ف27، ص71.

(2) م 1/1384 من القانون المدني الفرنسي.

(3) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول المرجع السابق، ف46 ص92 بالإشارة إلى نقض مدني فرنسي في 21 تشرين الثاني (نوفمبر) 1919 و15 آذار (مارس) 1921، دالوز 1922.

(4) نقض فرنسي في 13 شباط (فبراير) سنة 1930 (دالوز 1930 ـ 1 ـ 157 ص14 ع2) أشار إليه د. محمد نصر الدين محمد، المرجع السابق، ص91 هامش رقم 107.

القانونية، فالأولى لا يمكن افتراضها لأنها تستنتج من وقائع يحددها القانون وذلك بعكس الواقعة القانونية التي يمكن افتراضها ويقول هؤلاء إنه إذا كان من الممكن افتراض وقوع الخطأ لأنه واقعة قانونية فإنه من غير الممكن افتراض نتائج كالمسؤولية[1]، ولا يعدو الأمر أن يكون واحداً من أمرين، مسؤولية أو لا مسؤولية.

وعلى أي حال فإن القضاء الفرنسي قد استقر منذ ذلك الحكم على أنه لا يمكن نفي المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد للحارس فيه، وبعبارة أخرى إلا بنفي علاقة السببية بين فعل الشيء والضرر[2].

ولعل ما ذهب إليه القضاء الفرنسي هو ما حدا بالبعض إلى القول بأن ذلك القضاء إنما أخذ بنظرية تحمل التبعة دون فكرة الخطأ[3]، أو أن هذا القضاء قد انتقل من فكرة المسؤولية القائمة على ارتكاب الخطأ إلى الإلزام بالتعويض المترتب على إحداث الضرر[4].

ولعل ما ذهب إليه القضاء الفرنسي هو ما حدا بالبعض إلى القول بأن ذلك القضاء إنما أخذ بنظرية تحمل التبعة دون فكرة الخطأ[5]، أو أن هذا القضاء قد انتقل من فكرة المسؤولية القائمة على ارتكاب الخطأ إلى الإلزام بالتعويض المترتب على إحداث الضرر[6]، أو أن المسؤولية المدنية يصح أن تقوم على أحد أساسين إما الخطأ، وإما تحمل التبعة[7].

وأياً كان الأمر فإن القضاء الفرنسي، بلا ريب، لم يعد يعتبر الخطأ هو الركن الأساسي للمسؤولية كما صورته نصوص مواد القانون المدني الفرنسي، والدوافع إلى ذلك، هو أن تطبيق تلك النصوص لن يحقق العدالة، فسلك القضاء طريق التحايل على النصوص وذلك بالقول بالخطأ المفترض تارة والخطأ الثابت تارة أخرى، وكذلك اللجوء إلى نظرية تحمل التبعة الثالثة، أو بنظرية سوء استعمال السلطة الرابعة، وكل هذا نتاج اجتهادات القضاء الفرنسي.

---

(1) د. محمد نصر رفاعي، المرجع السابق، 30، ص74 و75.
(2) د. محمد نصر الدين محمد، المرجع السابق، ف73 ص92.
(3) د. عبدالحمدي البعلي، المرجع السابق، ص209.
(4) د. محمد نصر رفاعي، المرجع السابق، ف33، ص80.
(5) د. عبدالحميد البعلي، المرجع السابق، ص209.
(6) د. محمد نصر رفاعي، المرجع السابق، ف33، ص80.
(7) د. سليمان مرقص، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، المرجع السابق، ف47، ص95.

تقييم:

إذا كنا قد اخترنا دراسة الخطأ كأساس لمسؤولية الطبيب فقد كان من المحتم علينا أن ننظر إلى الخطأ من هذا الجانب لنرى مدى أهميته كأساس للمسؤولية. بعبارة أخرى، ليتجلى لنا ما إذا كانت النظريات الحديثة التي قيلت في أساس المسؤولية قد جردت الخطأ من أهميته أم أن الخطأ ما زال الأمر الأهم وأن محاولة بناء المسؤولية على أساس غير الخطأ ولدت عقيمة.

إن الدعوى إلى التخلي عن الخطأ تشتمل على أفكار لها بريق وجاذبية، إلا أن هذا البريق لا يلبث أن ينطفئ إذا أدركنا أننا بصدد وضع حلول لمشاكل عملية ولسنا بصدد أفكار فلسفية تظل حبيسة الورق.. فإذا كان يمكن القول أن المسؤولية تنشأ دون خطأ على أساس حماية المضرور من خطر استخدام الأشياء ألا يعني ذلك أن المسؤولية ستصبح بالقابل قيداً على إرادة الشخص عندما يستخدم هذه الأشياء. فلو سلمنا أنه يتحمل أي ضرر ينشأ عن استخدامها ولو بذل قصارى جهده في الحيلولة دون وقوعه ولو كان الضرر غير متوقع طبقاً لما يبذله من عناية ألا يعني ذلك أننا نضع قيداً على الحرية اللازمة لممارسة نشاطه[1]؟ ولعل هذا ما يصدق على الطبيب الذي يمارس نشاطاً خطراً ينصب على جسم الإنسان وفي ذا الوقت يعتمد في نشاطه على مواهبه في الإبداع. فإذا فرضنا عليه المسؤولية عن أي ضرر ينتج عن نشاطه وإن بذل كل ما في وسعه من خبرة وعناية طبية. فهذا يعني أنه سيتردد في ممارسة هذا النشاط رغم أهميته في المحيط الاجتماعي.

من جانب آخر، فإننا لا نسلم برفض الخطأ كأساس للمسؤولية على أساس أن بعض الحقوق لها أهمية قانونية خطيرة يستلزم ضمانها فرض المسؤولية لمجرد أن يمسها ضرر. وإن الضرر يجب أن ينظر إليه من خلال شخصية ضحية الضرر وليس مرتكب الفعل الضار[2]. وذلك لأن هذه الحجة لا تصمد أمام المنطق لا من الناحية النظرية ولا العملية. فمن الناحية النظرية إذا بحثنا في أصل الحق نجد أن المبدأ هو أن الحق لا يوجد إلا بموجب الحماية التي يقرها له القانون. فالحماية شرط لوجوده. فكيف يكون الحق بعد ذلك مصدراً لهذه الحماية أي للمسؤولية التي يحكم بها تبعاً لضرر الذي يترتب على المساس به. أما من الناحية العملية فإنه لا يمكن أن يحدد الضرر ويتم التعويض

---

(1) كودمه، النظرية العامة للالتزامات، ط3، باريس 1965، ص512؛ وقارن مع د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، المرجع السابق، ف29 ص32.

(2) وهذا ما تشتمل عليه نظرية المخاطر التي قال بها ستارك، راجع: بحثه نطاق وأساس المسؤولية دون خطأ، المجلة الفصلية الفرنسية في القانون المدني، 1958، ص475.

عنه دون الإحاطة بالنشاط الذي سبب هذا الضرر، فإذا مارس هذا النشاط شخص معين فإن المنطق يدعو لأن ينظر إلى الضرر من خلال هذا الشخص وليس صحيحاً أن يهمل دوره على أساس أن شخصية المتضرر كافية لتحديد المسؤولية[1].

والسؤال الذي يثور أيضاً: لماذا كان اعتبار الخطأ أساساً للمسؤولية عرضة لمهاجمة البعض رغم أنه بقي لقرون خلت، من المفاهيم التي لا يدور الشك حولها؟

لقد كان ((سالي)) أول من أشعل جذوة الشك حول الخطأ كأساس للمسؤولية. ولو تأملنا ما حمل الباحث إلى ذلك لوجدنا أن غايته كانت إعفاء ضحية الضرر من عبء إثبات الخطأ حسب ما تقتضيه المادتان 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي في سبيل الحصول على التعويض. وقد وجدت أفكاره مهداً لها في نطاق حوادث العمل لأن تطور تقنية العمل أدت إلى حصول حوادث يستحيل ردها إلى الخطأ على النحو الذي عرف به في النظرية التقليدية، ذلك إن لم يكن خطأ الضحية - وإن كان بسيطاً - من الأسباب التي ساهمت في وقوعها. إلا أن ((سالي)) لم يستبعد الخطأ تماماً من نطاق المسؤولية وإنما حاول أن يفسر المادة 1384 من القانون ذاته تفسيراً جدياً لينتهي إلى القول بأن أي شخص يسبب ضرراً باستخدام شيء يملكه يلزم بتعويض الضرر ولا يستلزم إلا شرط واحد هو وجود علاقة سببية بين الشيء والضرر[2].

وتطورت فكرة ((سالي)) عند جانب من الفقه ليرفض الخطأ أساساً للمسؤولية المدنية بصورة عامة بحجة أن الخطأ كان يمثل عنصراً أخلاقياً وأن هذا العنصر لم يعد له وجود في نطاق المسؤولية المدنية، لأن هذه المسؤولية لم تعد تنطوي على فكرة العقوبة وإنما إزالة الضرر. وإن التأمين في عالم اليوم أصبح كفيلاً بحمل عبء التعويض بدلاً من الشخص الذي قد ينسب إليه الخطأ. وإن اعتماد الخطأ يعني أن التعويض مقيد به بالضرورة في حين أن سياسة المشرع التي يجسدها القضاء في اجتهاده تميل نحو إزالة الضرر بكامله دون أن يقاس بحجم الخطأ[3].

ويمكن الرد على الحجج المذكورة: إن فكرة العقوبة من المسؤولية المدنية لا يعني بالضرورة رفض الخطأ كأساس للمسؤولية، لأن الخطأ ليس مفهوماً جامداً أو خلاصة من قانون لا يتطور. فالمقصود بالرجوع إلى فكرة الخطأ ليس عقاب الشخص

(1) لويس باش، تأملات في مشكلة أساس المسؤولية في القانون الفرنسي، المجلة الفصلية للقانون المدني الفرنسي، 1977، ص221.
(2) انظر في عرض نظرية سالي، لويس باش، المرجع السابق، ص225 وما بعدها.
(3) لويس باشر، المرجع السابق، ص230 ـ 231.

وإنما لأن التعويض لا يمكن تحديده بشكل عادل إلا بالرجوع إلى الفعل الذي ارتكبه الشخص فأدى إلى حدوث الضرر ثم إن الشخص لا يسأل عن تعويض الضرر أياً كان، وإنما في حدود ما يترتب على خطئه من مساس بالحقوق. ولو أنا سايرنا منطق خصوم فكرة الخطأ فلنا أن نتساءل: أليس في مسؤولية الشخص عن تعويض الضرر كلياً دون الرجوع على خطئه ما يدل على أنه يتحمل تعويض ضرر لم يساهم في وقوعه؟ أليس في ذلك ما يتناقض مع العدالة؟ من جانب آخر فإنا لا نرى في التأمين ما يبرر هجر فكرة الخطأ لأنه إذا كان المؤمن يدفع قيمة التعويض فإن الخطر المؤمن عليه يعتمد على ما يدفعه المؤمن له من أقساط ثم ما الحل لو كان عقد التأمين باطلاً أو أن الشخص لم يجرِ التأمين ضد المسؤولية. هل يصلح التأمين حينئذ أن يكون حجة للرجوع عن الخطأ كأساس للمسؤولية؟

أما القول إن السياسة التشريعية تميل نحو تعويض الضرر كاملاً فإن ذلك لا يصلح حجة لكي نضرب صفحاً عن فكرة الخطأ لأنه لا يجب الخلط بين وظيفة المسؤولية وهي إزالة الضرر. وبين أساس المسؤولية. فإزالة الضرر يتعلق بوظيفتها أما الأساس فهو ما يبنى عليه وجودها.

إننا لا ننكر رغم ما قدمناه أن الاستناد إلى فكرة الخطأ بمعناها التقليدي قد تؤدي إلى التضحية في بعض الحالات بمصلحة المتضرر خاصة إذا كان يصعب عليه إثبات الخطأ. وهذا ما يحدث عادة بالنسبة للأعمال الخطرة. بيد أننا نتساءل: ألا يمكن أن نفرض التزاماً مسبقاً على القائم بالعمل بأن يضمن سلامة الأشخاص وأموالهم وأن نصف هذا الالتزام بأنه التزام بتحقيق نتيجة يقع الإخلال به بمجرد إصابة أحد الأشخاص بضرر سواء انصب الضرر على شخصه أم على أمواله. قد يعترض على ذلك أن مثل هذا الالتزام لا يفرض إلا بمناسبة العقد لأنه قائم على الواقع الذي يبيح أن يفرض الالتزام مسبقاً. ولكن أليس متوقعاً أيضاً أن يترتب الضرر على بعض الأعمال الخطرة بشكل مشابه لتوقع ما يحصل بالنسبة للعقد. إننا نعتقد بأن ذلك ممكن. فعلى سبيل المثال، لو استخدم رب العمل آلات تمثل نشاطاً خطراً فإن توقع ما يترتب على هذا النشاط من ضرر تتعرض له سلامة الأشخاص أمر لا نجادل فيه. ومن ثم يمكن أن نفرض على رب العمل التزاماً بتحقيق نتيجة، وهذه النتيجة هي سلامة الأشخاص، فإذا أصيب أحدهم بضرر يعتبر رب العمل قد أخل بالتزامه.

نخلص مما تقدم أن فكرة الخطأ قابلة للتطور. وليس ثمة ضرورة لإنكاره ما دام أنه يتسع للحالات التي تطورت فيها المسؤولية المدنية، وأن هذه المسؤولية ولدت لتبقى، وأن ركنها الأساس هو ((الخطأ)) قد بقي، وأنه بدون الخطأ لا تكون هناك مسؤولية إلا في الحقول الضيقة؛ فمبدأ المسؤولية غير الخطأية لا يحتل إلا ميداناً ضيقاً ومجالاً محدوداً.

ونحن لا ننكر أن المسؤولية المجردة من فكرة الخطأ قد اقتحمت الميدان المحرم عليها، ولكن في إطار محدود. ووفقاً لذلك نجد أن أساس مسؤولية الطبيب المدنية هو ((الخطأ)). على أن هذا الخطأ له صوره وحالاته سندرسها في موقعها من هذه الرسالة، وفي ضوء ما هو آت من دراسة سيظهر لنا أين وصلت فكرة الخطأ في تطورها المطرد كأساس لمسؤولية الطبيب المدنية.

الفصل الثاني
الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية

﴿ قَالُوا۟ سُبْحَٰنَكَ لَا عِلْمَ لَنَآ إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَآ ۖ إِنَّكَ أَنتَ ٱلْعَلِيمُ ٱلْحَكِيمُ ﴾[1]

تقوم المسؤولية المدنية على أحد أساسين جوهريين، الأساس الأول، هو الخطأ التقصيري، والأساس الثاني، هو الخطأ العقدي، وفي الحالة الأولى نكون بصدد مسؤولية تقصيرية، وفي الحالة الثانية نكون بصدد مسؤولية عقدية.

وفي كلتا الحالتين لا بد أن يتوافر الخطأ كأساس لإحدى المسؤوليتين[2]. والخطأ هو الإخلال بواجب قانوني، ويحتوي هذا الإخلال عنصراً مادياً هو عدم القيام بالواجب القانوني على الوجه المطلوب، وعنصراً معنوياً هو نسبة واقعة إخلال المكلف بهذا الواجب القانوني، بأن يكون قد امتنع عن القيام بالواجب الذي كان في استطاعته تبنيه والقيام به. ويكشف هذا العنصر الأخير عن أن فكرة الخطأ قائمة على فكرة الذنب أو المؤاخذة[3]. وقد نصت المادة 202 من القانون المدني العراقي على أن: (كل فعل ضار بالنفس من قتل أو جرح أو ضرب أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر). وقضت المادة 204 من هذا القانون أنه: (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض). وهذه المواد تقابل المادة 163 من القانون المدني المصري حيث نصت هذه المادة صراحة على اعتبار الخطأ أساساً للمسؤولية التقصيرية (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض). وفي صدد المسؤولية العقدية أشار المشرع إلى المادة 168 من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه: (إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم

---

(1) سورة البقرة، آية (32).

(2) د. أحمد حشمة أبو ستين، مصادر الالتزام، دار الفكر العربي، 1963، ف411، ص377؛ حسين عامر وعبدالرحيم عامر، المسؤولية المدنية، ط2، القاهرة، 1979، ف17، ص13.

(3) يلاحظ: د. أحمد سلامة، نظرية الالتزام، القاهرة 1980، ص255 وما بعدها؛ د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام والإثبات، القاهرة 1967، ص37 وما بعدها؛ د. جميل الشرقاوي، في مصادر الالتزام، القاهرة، 1981، ص449 و467؛ د. السنهوري، مصادر الالتزام، ص1044 و1079؛ د. محمد علي عمران، مصادر الالتزام، القاهرة 1984، ص230؛ د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، القاهرة 76-1977، ص356؛ د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج1، في مصادر الالتزام، بغداد، 1955، الفقرات 376 و 377 و 378 ص364- 367؛ محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط3، القاهرة 1978، ف235، ص445؛ د. جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، ج1، مصادر الموجبات، بيروت 1960، ف25 ص373.

الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. كذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه).

ولتحديد مسؤولية مرتكب الخطأ في نطاق إحدى المسؤوليتين التقصيرية أو العقدية، لا بد من معرفة هل تمثل الخطأ في الإخلال بالواجب العام المنصوص عليه في المواد 202 و204 من القانون المدني العراقي والمادة 63 من القانون المدني المصري؟ أم تمثل في الإخلال بالتزام نشأ عن عقد مبرم بين فريقين؟

ويعتبر تحديد الأساس القانوني للمسؤولية مسألة حتمية لا بد من الانتهاء منها أولاً. وسيتبين لنا من خلال هذا البحث مدى خطورة هذا الاختيار المبدئي بالنسبة للمسؤولية عموماً وبالنسبة للمسؤولية الطبية خاصة.

وتتمثل أهم الآثار المختلفة للاختيار المذكور في عدة أمور هامة نعرض للأهم منها بإيجاز[1].

أولاً: من حيث إثبات الخطأ، يقع على المضرور في المسؤولية التقصيرية عبء إثبات الخطأ الموجب للمسؤولية لأن المدعي بالتعويض عليه أن يقيم الدليل على تحقق مقومات هذه المسؤولية ومن هذه المقومات الخطأ، أي أن يثبت صدور (أن الفعل الضار من خصمه) كان نتيجة خطأ منه وأن الضرر الواقع عليه كان نتيجة هذا الفعل الضار. أما في المسؤولية العقدية فليس على الدائن سوى إثبات وجود أو قيام الالتزام العقدي ثم يأتي دور المدين ليثبت التخلص من هذا الالتزام أي الوفاء به، أو أن يثبت أن عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي، وبعبارة أخرى، الخطأ في المسؤولية التقصيرية واجب الإثبات في حين أنه في المسؤولية العقدية نفترض بعد إثبات قيام الالتزام العقدي؛ هذا ويلاحظ أنه كان محل التزام المدين امتناعاً عن عمل فإنه لا يكفي أن يثبت الدائن وجود العقد وصحته بل عليه أن يقيم الدليل على عدم تنفيذ المدين لالتزامه وقيامه بالعمل الذي التزم بالامتناع عنه[2]. وهذا هو الوضع الغالب ولكن ليس بالحال العام المطلق، حيث إن هذه الفكرة المبدئية الثابتة والمستقرة في الفقه المدني أضحت في

(1) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، القاهرة 1978، ص13 وما بعدها؛ د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، المرجع الأسبق، ف235، ص449 و450؛ د. أحمد حشمة أبو ستيت، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف412 ص378؛ حسين عامر وعبدالرحيم عامر، المسؤولية المدنية، المرجع الأسبق، من ف 20 إلى ف 58 ص14 ـ 36؛ د. محمود سعد الدين الشريف، مصادر الالتزام، المرجع الأسبق، ف375، ص362 و363؛ عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، ط1، بيروت، باريس 1983، ص36- 38؛ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج1، بيروت 1957، ص84.

(2) أستاذنا د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، بغداد 1946، ف224، ص329، د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي ـ الخطأ والضرر ـ بيروت باريس، ط1، 1983، ص37.

الوقت الحاضر فكرة تقليدية وواهية، حيث أصبح الأمر يتوقف، بشأن الإثبات في المسائل المدنية، على طبيعة الالتزام في المسؤولية العقدية وهل هو التزام بتحقيق غاية (التزام بتحقيق النتيجة)؟ أم هو التزام ببذل عناية (التزام بوسيلة) [1]. ولهذه التفرقة أهمية خاصة في نطاق المسؤولية الطبية على ما سنرى، حيث إن الوضع الغالب في المسؤولية الطبية هو أن يلتزم الطبيب ببذل العناية الكافية، لذلك يجب على المريض أن يثبت خطأ الطبيب أي أنه لم يبذل العناية الكافية[2].

ثانياً: فيما يتصل بشرط الأعذار، ففي المسؤولية المدنية التقصيرية لا يشترط الأعذار لأنه لا يوجد ارتباط مسبق بين الطرفين لذلك فلا محل للأعذار أصلاً أي عدم وجود التزام التأخر في تنفيذه؛ أما في المسؤولية العقدية فإن الأصل في الأعذار يشترط مسبقاً لكي يوضع المدين في موقع التقصير[3]. ولا إعفاء منه إلا في حالات نادرة ومحددة وردت على سبيل الحصر وليس على سبيل التمثيل.

ثالثاً: إن التضامن مفترض بحكم القانون في المسؤولية التقصيرية في حالة تعدد الفاعلين في حين أنه في الالتزام العقدي لا يكون التضامن إلا باتفاق صريح أو النص عليه في القانون.

رابعاً: إن المدين في المسؤولية العقدية لا يلزم إلا بتعويض الضرر المتوقع وقت التعاقد، ما دام عدم تنفيذ الالتزام لم يؤسس على الغش أو الخطأ الجسيم الصادرين من المدين، لأن العقد نشأ بإرادة العاقدين فيكونان قد قدرا مدى التعويض عند الإخلال به فلا يدخل في حساب ما قدراه ضرر لم يتوقعاه عند التعاقد[4]. أما في الالتزام التقصيري فإن التعويض ينتظم الضرر المتوقع وغير المتوقع من خسارة تحل أو كسب يفوت، لأن التعويض ينبغي أن يغطي الأضرار كلها، وإذا كان للمتعاقدين أن يحددوا التعويض مسبقاً بموجب بند أو شرط جزائي، فإن تقدير بدل الضرر يحصل في دعوى المسؤولية التقصيرية بعد وقوع هذا الضرر، وبالقدر الذي يصلحه.

---

(1) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، محاضرات ألقيت على طلبة الدراسات العليا عام 87 ـ 1988 غير مطبوعة، ف12 ص7؛ د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ف235، ص447 و448؛ حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف144، ص97 و 98.

(2) د. محمود سعد الدين الشريف، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف375 ص363؛ نقض مدني فرنسي 27 يونيو سنة 1939 دالوز 1982 ص53.

(3) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ف235 ص449.

(4) د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص37؛ ويلاحظ نص المادة 169 ف3 من القانون المدني العراقي.

خامساً: إن أحكام الالتزام التقصيري تتعلق بالنظام العام وتقوم بحكم القانون، ولهذا لا يجوز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف منها، وإذا حصل الاتفاق على ذلك فإنه يقع باطلاً لأن المسؤولية التقصيرية تتعارض مع الاتفاق على الإعفاء منها[1]؛ أما في الالتزام العقدي، فإن مثل هذه الاتفاقات جائزة لأن إرادة الطرفين هي التي تحكم العقد وما يترتب عليه، فيكون للمتعاقدين القبول مسبقاً بالإعفاء من المسؤولية عن الإخلال بموجب عقدي ما لم يرد نص على خلاف ذلك، إلا الاتفاقات المبنية على غش المدين أو خطأه الجسيم فإنه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف منها[2].

سادساً: إن دعوى الالتزام التقصيري تنقضي بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه، وفي جميع الحالات تنقضي الدعوى بمرور خمس عشرة سنة (ثلاثون سنة في القانون الفرنسي) من يوم وقوع العمل غير المشروع[3]. أما دعوى الالتزام العقدي فإنها تنقضي بمرور التقادم الطويل أي خمس عشرة سنة (ثلاثون سنة في القانون الفرنسي) إلا في حالات استثنائية نص القانون فيها على مدد أقل[4].

سابعاً: إن الأهلية لا بد من توفرها لقيام الالتزام العقدي على الشكل المقرر في القانون المدني وقانون رعاية القاصرين أما في الالتزام التقصيري فإن المسؤولية تنعقد دون لزوم الأهلية، مميزاً أو غير مميز[5].

ثامناً: المسؤولية عن فعل الغير، حددها القانون على سبيل الحصر في صدد الالتزام التقصيري (مسؤولية متولي الرقابة ـ الأب أو الجد)[6] ومسؤولية المتبوع عن خطأ تابعه[7].

أما في الالتزام العقدي فإن المدين المتعاقد مسؤول دون تحديد عن أي شخص يستخدمه في تنفيذ التزامه، سواء أكان مساعداً له أم يقوم بالتنفيذ بدلاً منه، ولا يجوز للمدين في الالتزام العقدي أن يتخلص من مسؤوليته عن عدم التنفيذ أو عيوبه بنفي خطأه في اختيارهم أو في الإشراف على نشاطهم. أما في الالتزام التقصيري فإن المسؤول يستطيع أن يتخلص من المسؤولية بشكل أكثر تسهيلاً.

---

(1) د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص38؛ ويلاحظ نص المادة 259 فـ3 من القانون المدني العراقي.
(2) المادة 259 فـ2 من القانون المدني العراقي.
(3) المادة 232 من القانون المدني العراقي.
(4) المادة 430 و431 من القانون المدني العراقي.
(5) المادة 191 من القانون المدني.
(6) المادة 218 من القانون المدني.
(7) المادة 219 من القانون المدني.

تاسعاً: استبعد القانون المسؤولية عن الأشياء من نطاق الالتزام العقدي، فعند قيام التعاقد بين الفريقين فلا مجال لقيام المسؤولية عن فعل الأشياء. وهذه الأخيرة غاية في الأهمية بالنسبة لمسؤولية الطبيب عن الأجهزة والمعدات، وسوف نناقش مدى سلامة هذه النتيجة فيما بعد[1].

كانت تلك أهم النتائج المرتبطة بالتمييز بين الالتزام التقصيري والالتزام العقدي، وقد تجنبت فيها الإسهاب الممل والإيجاز المخل.

لذلك ليس مدهشاً أن يحتدم الجدل وأن تثور المناقشات ويكثر الحوار حول الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب، وأين يكون مكانها في دائرة المسؤولية التقصيرية أم في نطاق المسؤولية العقدية؟ وبعبارة أخرى، على أي أساس من أحد الأساسين الجوهريين تقوم مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية؟ فهل تؤسس على أساس الخطأ التقصيري أم على أساس الخطأ العقدي؟

سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسين نعقد الأول لبحث الالتزام في المسؤولية الطبية نشأ تقصيرياً، أي أنه يقوم على الخطأ التقصيري ونخصص الثاني لدراسة تحول المسؤولية الطبية إلى مسؤولية عقدية.

(1) المزيد من هذه الفروق، راجع: أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، مبسطوه، ج1، المرجع السابق، ف73 وما بعدها.

المبحث الأول
الالتزام في المسؤولية الطبية نشأ تقصيرياً

الفرع الأول: استقرار القضاء الفرنسي على الطبيعة التقصيرية حتى سنة 1936

ففي بداية القرن التاسع عشر ظهر تيار قوي في فرنسا يدافع عن عدم مسؤولية الأطباء عن نشاطاتهم الطبية، وقد أسس هذا التيار دفاعه عن الأطباء على مقولة أن الأطباء ينبغي أن يكونوا بمنأى عن القانون وذلك حماية لمصلحة التطور العلمي[1]. فخضوع الأطباء لسيف المسؤولية المسلط على رقابهم يجعلهم بمرور الزمان عاجزين عن المبادرة وعن تطوير أساليب العلاج والبحث العلمي، وهذا ليس في مصلحة المرضى أنفسهم؛ وكان من المتحمسين للدفاع عن هذه الفكرة الأكاديمية الطبية الفرنسية حيث أعلنت هذه الأكاديمية في تقرير لها، في 29 أيلول من عام 1829 بخصوص المسؤولية الطبية، أن الأطباء يتلقون عن مريضهم تفويضاً غير محدود، وأن الفن الطبي لا يمكن أن يكون ناجعاً ومثمراً للمرضى إلا بناءً على هذا الأساس، وأن الطبيب كالقاضي لا يسأل عن الأخطاء التي يقترفها وهو حُسْن النية في مزاولة نشاطه العلمي. وأن مسؤولية الطبيب لا تنهض إلا في اقترافه الغش والتدليس وخيانة الأمانة وهي واجبات مهنته[2].

وكذلك اعتمد أنصار هذا التيار في عدم مسؤولية الأطباء عن ممارسة نشاطهم الطبي أي أنه لا يوجد نص قانوني يقرر المسؤولية الطبية، لأن القانون الفرنسي لم ينظر يوم وضعه نظرة إلى الأطباء[3].

لذلك يخضع الطبيب، في نطاق المسؤولية الجنائية للنصوص الخاصة بجرائم القتل والجرح بطريق الخطأ. وفي نطاق المسؤولية المدنية يخضع الطبيب للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ولأحكام المسؤولية العقدية حيث يكون المساس بجسم المريض نتيجة إخلاله أو تأخيره لالتزام مصدره عقد طبي بينه وبين مريضه[4].

---

(1) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، في الالتزامات، المجلد الثاني في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط5، مصر 1988، ف147، ص ص 375 و 376.

(2) ريكمان وزويك، في حقوق والتزامات الأطباء، بروكسل 1954، ص314 وما بعدها؛ د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ف151 ص385.

(3) يلاحظ: خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج1 في مصادر الموجبات الخارجة عن الإرادة، بيروت، 1957، ص160.

(4) د. حمدي عبدالرحمن، معصومية الجسد، بحث في مشكلات المسؤولية الطبية ونقل الأعضاء، 1987، ص7.

وقد بدأت محكمة النقض الفرنسية (دائرة العرائض) منذ بداية عام 1835 تتعرض لمسؤولية الأطباء وتقرر إرساء مبدأ هذه المسؤولية، وقد أخذت محكمة النقض بتقرير المحامي العام لديها Dupin وذلك تأسيس هذه المسؤولية وإسنادها للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية [1]، حيث إن كل شخص يسأل عن الضرر الذي تسبب في حدوثه وفقاً للمادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي. إذ يقيم هذان النصان مبدأ عاماً[2]، لا ينطوي على الأفعال والوقائع العارضة للحياة العادية فحسب، بل يشمل الأفعال والوقائع المرتبطة بمباشرة المهن والحِرَف المختلفة. فيكون الشخص مسؤولاً تجاه الغير عن جهله بمهنته، وبما ينبغي عليه أن يعمله، باعتباره التزاماً يحتم عليه العلم بمزاولة مهنته أو حرفته، ويعني العلم هنا أن يكون مراعياً في عمله القواعد العلمية الحديثة الثابتة المستقرة في اختصاصه[3]. فيجب على الطبيب أو الجراح ـ حتى يبعد المسؤولية عنه ـ أن يبذل في عمله من الحرص والعناية والاحتياط واليقظة، مراعياً في ذلك كل قواعد المهنة المتعارف عليها في الميدان الطبي، فإذا لم يراع ذلك نهضت مسؤوليته، ويكون بذلك قد ارتكب خطأ.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية، استناداً إلى المفهوم الذي عرضه المحامي العام Dupin، بأن مسؤولية الطبيب عن فقد أحد مرضاه لذراعه نتيجة لإهمال الطبيب في العناية والرعاية لمريضه وتركه بدون زيارة خطأ يقع تحت طائلة المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي، وهو خطأ يخضع في تقديره لقاضي الموضوع، وقد اعتبر هذا الحكم فتحاً جديداً في عالم المسؤولية الطبية، نظراً لما كان سائداً في ظل القانون الفرنسي من عدم مسؤولية الأطباء عن أخطائهم المهنية المترتبة على مزاولة مهنهم[4].

وقد تتابعت قرارات محكمة النقض الفرنسية مؤكدة على الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الأطباء وأن هذه المسؤولية قوامها الإخلال بواجب قانوني عام هو عدم وجوب الإضرار بالغير. حيث قضت بأن المادتين 1382 و1383 تنطبقان على أي خطأ لأي شخص سبب ضرراً للغير أياً كان مركزه أو مهنته وأنه لا يوجد أي استثناء لمصلحة

(1) د. سليما مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع الاسبق، ف151، ص385، هامش رقم 600؛ د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع الأسبق، ص245؛ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، المرجع السابق، ص160 هامش رقم 1.

(2) د. سليمان مرقس، الوافي، ج2، مجلد 2، المرجع السابق، ف152 ص386.

(3) عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص249.

(4) الدكتور حمدي عبدالرحيم، معصومية الجسد، المصدر السابق، ص8، بالإشارة إلى Dupin المحامي العام؛ د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، الإسكندرية 1970، ف376، ص327.

الأطباء[1]. فإذا أصيب المريض بضرر ما أثناء العلاج أو بسبب خطأ في التشخيص، فعليه أن يثبت خطأ الطبيب وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وبين ما أصابه من ضرر. وقد استخدمت محكمة النقض الفرنسية تعبيرات الإهمال وعدم الالتزام بأصول التصرف الحسن وعدم الاحتياط، في إسنادها المسؤولية إلى الطبيب المعالج، وفي سنة 1868 تأكد هذا الاتجاه في حكم لمحكمة ديجون حيث أضافت هذه المحكمة أن أخطاء الطبيب التي تخرج عن نطاق المسائل المهنية البحتة، التي هي بطبيعتها مجال للخلاف والشك، تكون موضوعاً لمسؤولية الطبيب فيما تحدثه من أضرار تترتب على الرعونة وعدم الاحتياط، أو الجهل الفاضح[2].

ومنذ صدور هذه الأحكام المهمة استمر القضاء حتى سنة 1935 يؤسس مسؤولية الطبيب على هذا الأساس ويستخدم في تبريرها ذات التعبيرات الخاصة بالخطأ والإهمال والرعونة[3].

وقد ذهبت أغلبية أحكام القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه قبل سنة 1936[4].

ولكن حصر مسؤولية الطبيب في نطاق المسؤولية التقصيرية قد أثار بعض الصعوبات والمساوئ بالنسبة للمريض فهو يلقي على عاتق المريض عبء إثبات الخطأ، ويؤدي من ناحية أخرى إلى تقادم دعوى المسؤولية بعد انقضاء ثلاث سنوات من الوقت الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه، حيث يتعلق الأمر بمساس بالجسم يكون جريمة جنائية. إضافة إلى أنه تتعذر مساءلة الطبيب، في ظل المفهوم السابق عن الأضرار الحادثة نتيجة لامتناع الطبيب عن التطبيب. وقد أفرزت هذه الأسس والاعتبارات جدلاً حاداً وأثارت مناقشات واسعة حول هذا الموضوع بأسره حتى سنة 1936[5][6]. وقد حاول أنصار المسؤولية التقصيرية الدفاع عن وجهة نظرهم بحجج عدة.

(1) الدكتور محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، القاهرة 1980، ص90-91.

(2) الدكتور حمدي عبدالرحمن، معصومية الجسد، المصدر السابق، ص8، بالإشارة إلى ديجون Dijon حم في 14 مايون سنة 1868، دالون 186 - 196.

(3) Kornproobst: La resonsabilite, Medical, Paris, 1957, page 108, 109.

(4) د. سليمان مرقس، الوافي، المرجع السابق، ف150 ص382 و382؛ د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص243.

(5) الدكتور حمدي عبدالرحمن، معصومية الجسد، المصدر السابق، ص9؛ والدكتور محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة، المصدر السابق، ص91، 92؛ الدكتور محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المصدر السابق، فقرة 53، ص370، هامش رقم 2؛ الدكتور سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ف150 ص382.

(6) انظر لاحقاً وفي المبحث الثاني تفاصيل هذا القرار ص63 وما بعدها وص64 هامش رقم 1.

الفرع الثاني : حجج أنصار المسؤولية التقصيرية

أولاً: إن خطأ الطبيب أو الجراح قد يؤدي إلى وفاة المريض أو المساس بسلامته الجسدية، وفي الحالتين يكون الأمر جريمة جنائية، وهو ما يقتضي تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية في شأن التعويض المدني، وبالتالي، يجعل مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية لا تعاقدية؛ وحتى إذا وجد عقد بين الطبيب المعالج ومريضه فإن الجانب الجنائي هو جانب مستقل عن الإخلال بالالتزام العقدي[1]. لا سيما وأن هناك نظرية كانت سائدة من القرن التاسع عشر، ولها إلى الآن أنصارها، مقتضاها أن كل جريمة جنائية نشأ عنها ضرر للغير توجب المسؤولية التقصيرية تغليباً للناحية الجنائية في الموضوع، فهل يمكن تطبيق هذه النظرية على المسؤولية الطبية[2]؟

وقد رد مازو على هذه الحجة بتحليل صائب تضمن أنه لا يتصور التفرقة بين المدين الذي تكون مخالفته جريمة جنائية وبين المدين الذي لا تكون مخالفته أية جريمة بحيث يخضع الأول لنظام مسؤولية يختلف عما يخضع له الثاني[3].

وفي الحقيقة لا يود سوى واقعة واحدة هي عدم تنفيذ الالتزام العقدي (عند وجود العقد) وفي العلاقات بين أطراف العقد لا يجوز أن يترك مكان لغير المسؤولية العقدية خاصة وعدم الأخذ بنظرية الخيرة بين المسؤوليتين. وإذا كان الخطأ العقدي يكون جريمة جنائية، فإن ذلك لا يغير من طبيعة هذا الالتزام، فضلاً عن أن العقوبة الجنائية فرضت لأسباب أخرى متعلقة بالصالح العام ولا شأن لها بطبيعة الروابط المدنية[4]. وليس في هذا الأمر ما يخل بحق المضرور في الادعاء مدنياً أمام القضاء الجنائي.

ثانياً: الأمر الثاني في تشجيع نظرية المسؤولية التقصيرية وتطبيقها على الأعمال الطبية يستند إلى الطابع الفني في عمل الأطباء، حيث إن جوهر عمل الطبيب يقوم على احترام قواعد وأصول متعلقة بمهنته كطبيب، وأغلبية أخطائه هي أخطاء فنية تمثل إخلالاً بالأصول والقواعد المهنية، وهي مسائل تخرج عن نطاق الالتزام العقدي[5]. والدليل على ذلك هو أن القاضي لا يبحث عن النية المشتركة لأطراف الرابطة العقدية وهما المريض وطبيبه في قياس مدى الإخلال بالالتزام، ولكن القاضي يلجأ إلى أهل الخبرة لكي يسترشد بخبراتهم بغية الوصول إلى أن الطبيب، هل التزم بالأصول الفنية والمهنية أم لا؟ فسواء ارتبط الطبيب بعقد أو لا، فهو ملزم بأن يراعي واجب الضمير

(1) د. محمود التلتي، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، المراجع السابق، ص299؛ قارن د. الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع الساق، ص54 وما بعدها.

(2) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص54 والمراجع التي اشار إليها.

(3) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص54؛ د. محمود التلتي، المرجع السابق، ص299.

(4) د. محمود التلتي، المرجع السابق، ص299؛ مازووتنك، مطول المسؤولية المدنية، ط5، 1957، فقرة 202.

(5) الأبراشي، المصدر السابق، ص76 و77؛ الدكتور محمود التلتي، المصدر السابق، ص299.

والأصول العلمية في الفن الطبي، وأن كل ما يتعلق بالضمير أو بالعلم الطبي مناطه البحث في قواعد المهنة وهي خارجة عن نطاق الالتزام العقدي(1).

وهذه الحجة منتقدة أيضاً فهي حجة واهية ولا سند أو أساس لها من القانون، ذلك أنه إذا كان من الصحيح أن الإخلال بالأصول المهنية قد يفتح الباب أحياناً للمسؤولية التقصيرية، إلا أنه إذا وجد العقد بين الطرفين فإن الإخلال بالأصول المهنية لا بد أن يكون مكوناً للإخلال بالالتزام العقدي، ولا يوجد سبب يمنع من بقاء المسؤولية عقدية في هذه الحالة. فالالتزامات العقدية كما تحدد بالعقد، كذلك تحدد بالعرف وتتحدد بالقاعدة القانونية المشرعة لتنظيم مهنة أو حرفة معينة(2).

ثالثاً: الحجة الثالثة تفيد أن قواعد المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام وهي أكثر حماية للمريض المتضرر من المسؤولية العقدية خاصة حين يرتكب الطبيب المعالج غشاً أو تدليساً عمدياً فالمسؤولية التقصيرية تسمح للدائن المضرور (المريض) بالحصول على تعويضه كاملاً في مثل هذه الحالات دون أن يتعرض لمخاطر أية قيود أو تحديدات تعاقدية، خاصة وأن أمر العلاج يتعلق بالمساس بحياة الأشخاص وسلامة أبدانهم ومصلحة المجتمع، وأن تلك الاعتبارات والأسس تجعل المساس بحياة الأشخاص وسلامة أبدانهم مساساً بمصلحة المجتمع، وأن تلك الاعتبارات والأسس تجعل المساس بها مساساً بالنظام العام الذي يوجب خضوع المخالف له إلى قواعد المسؤولية التقصيرية وليست العقدية حيث إن طبيعة العمل العلاجي مستمدة أصوله من القواعد القانونية التي تحتم على الطبيب التزاماً هو القيام بالعلاج ومراعاة الحيطة والحذر في أدائه وأن الإخلال بذلك يستوجب المسؤولية التقصيرية(3).

وهذا القول يمكن الرد عليه وتفنيده وتهديم الأسس التي بني عليها، وذلك بالقول بأن أطراف العقد عندما لا يحددون بدقة درجة عدم التنفيذ التي توجب المسؤولية، فإن الأمر ينصرف إلى عدم التنفيذ غير العمدي، وعدم التنفيذ العمدي على حد سواء، ويدخل في ذلك عدم التنفيذ المصحوب بالغش أيضاً. وهذه القاعدة أصبحت قاعدة أصولية، حتى لا يتوقف تنفيذ الالتزام على محض مشيئة المدين. وعلى هذا النحو

(1) الدكتور الأبراشي، المصدر السابق، ص47؛ الدكتور محمود التلتي، المرجع السابق، ص299.
(2) الدكتور محمود التلتي، المرجع السابق، ص300؛ مازوونك، مطول المسؤولية المرجع السابق فقرة 206.
(3) الدكتور أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، بدون سنة طبع، ص236 و237؛ مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، ط2، مصر 1936، فقرة 70 ص62 وما بعدها؛ حسن عكروش، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، ط1، القاهرة 1957، فقرة 33، ص64 و67 و68.

فلسنا في حاجة لإسعاف المريض المتضرر، وهو الدائن باللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية أو إعطائه حق الجمع أو الخبرة بين المسؤوليتين التقصيرية والعقدية[1].

وفي القضاء المصري اتجهت الأحكام التي تعرضت لهذه المسألة إلى القول بأن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية تقصيرية. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الطبيب مسؤول عن تعويض الضرر المترتب على خطأه في المعالجة؛ ومسؤوليته هذه تقصيرية بعيدة عن المسؤولية العقدية[2].

(1) مازووتك، مطول المسؤولية المدنية، المرجع السابق، فقرة 205؛ الدكتور أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، المرجع السابق، ص229 وما بعدها؛ الدكتور حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص56 وما بعدها.

(2) حسين عامر وعبدالرحيم، عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط2، القاهرة 1979، فـ146، ص99.

المبحث الثاني
تحول المسؤولية الطبية إلى مسؤولية عقدية

الفرع الأول: تحول المسؤولية الطبية إلى مسؤولية عقدية في القضاء الفرنسي

تكلمنا في المبحث الأول من هذه الدراسة عن استقرار القضاء الفرنسي على الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية حتى سنة 1936، وهذه هي وجهة نظر المحاكم الفرنسية قديماً، ويقول أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، إن وجهة نظر المحاكم الفرنسية بتكييفها لمسؤولية الطبيب بأنها مسؤولية تقصيرية، ((وجهة نظر خاطئة سرعان ما شعرت المحاكم الفرنسية بعدم صحتها وبُعدها عن الصواب فعادت إلى الرأي الصحيح السليم وقضت بأن مسؤولية الأطباء مسؤولية عقدية وليست تقصيرية، فأصدرت محكمة النقض - بناءً على مطالعة المستشار (جوسران) حكماً شهيراً بتاريخ 20 مايو 1936، كان نقطة تحول في اتجاه القضاء الفرنسي كله))[1]. وقد صدر هذا الحكم عن الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية وكان هذا الحكم حاسماً في نقل معالجة مسؤولية الطبيب من دائرة المسؤولية التقصيرية إلى دائرة المسؤولية العقدية. وكان محور هذه القضية التي عرضت على محكمة النقض الفرنسية يتعلق بمدة التقادم[2]، ذلك أن المدعي المريض كان قد رفع دعوى المسؤولية على الطبيب، بعد مضي أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ نهاية العلاج واستقرار الضرر، ((وقد جاء في هذا الحكم أن هناك بين الطبيب ومريضه عقداً صحيحاً بالمعنى القانوني الدقيق لهذه الكلمة، يلزم الطبيب - لا بشفاء مريضه - وإنما بأن يبذل في سبيل شفائه العناية التي تفرضها عليه مهنة الطب وإلى هذا انصرفت إرادة كل من الطبيب والمريض. فإذا ما خرج الطبيب على أحكام هذا العقد وأخلّ به وقصّر في عمله وفيما كان ينبغي عليه

---

(1) أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف11 ص7.

(2) وتتحصل وقائع هذه القضية، أن سيدة، كانت تعاني من مرض في الأنف فراجعت أحد الأطباء لعلاجها، وقد قام الطبيب بعلاجها مستخدماً أشعة إكس، مما أدى إلى إصابتها بمرض في عضلات الوجه، وقد رفعت المريضة الدعوى على الطبيب المعالج تطالبه بالتعويض مستندة في دعواها إلى أن المرض الذي أصابها كان نتيجة استخدام الطبيب المعالج للأشعة بصورة مباشرة؛ ويجب أن نذكر أن هناك عدداً قليلاً من الأحكام التي صدرت عن القضاء الفرنسي قبل هذا التاريخ كانت تذهب إلى قيام مسؤولية الطبيب عن الخطأ العقدي من ذلك ما قضت به محكمة إكس سنة 1932 إلى أن الرابطة القانونية بين الطبيب والمريض تدخل في إطار العقد - عقد مقاولة - حيث يتعهد الطبيب بأن يقدم للمريض العناية الواجبة المتبصرة والحريصة ويتعهد المريض بأن يدفع للطبيب المعالج أجوره، وأن الطبيب عندما يقترف خطأ أو إهمالاً أو رعونة في فترة تنفيذ العقد، فإن هذا الخطأ هو خطأ عقدي يتضمن الإخلال بالالتزام المتفق عليه. حكم محكمة إكس، 16 تموز (يوليو) 1931 دالوز، 1931، ص3219 - 2 - 5.

بذله من عناية فقد حقت عليه المسؤولية وفقاً لأحكام هذا العقد لا عملاً بأحكام المادة (1382) من القانون المدني))[1].

وهذا الحكم أصدرته محكمة استئناف (Aix) في 16 يوليو سنة 1931 رفضت فيه تطبيق التقادم الثلاثي باعتبار أن دعوى المضرور لا تجد أساسها في مخالف المسؤولية التقصيرية بل تجد هذا الأساس في الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد المبرم بين الطرفين، الطبيب المعالج ومريضه المتضرر، وهو المدعي؛ وأن هذا العقد يلتزم فيه الطبيب المعالج بأن للمريض المدعي العناية الواعية واليقظة التي تنسجم وتتوافق مع المعطيات والأصول العلمية الثابتة، وأن الإخلال وإن كان إخلالاً غير عمدي لهذا الالتزام العقدي فإنه يولد مسؤولية من ذات الطبيعة أي مسؤولية تعاقدية؛ والدعوى المدنية الناشئة عن ذلك تتخذ أساسها في مصدر متميز عن الواقعة المكونة للجريمة الجنائية (جريمة الإصابة غير العمدية) وتستنفذ مصدرها في النطاق العقدي الذي لا يخضع للتقادم الثلاثي[2].

وقد طعن في هذا الحكم، حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمها في الموضوع مؤكدة الطابع العقدي لمسؤولية الطبيب المدنية[3].

وقد استخدمت محكمة النقض الفرنسية ذات الصياغة التي تبنتها محكمة الاستئناف في حكمها السالف، وقد اضطردت بعد عام 1936 أحكام المحاكم الفرنسية على سلوك هذا السبيل[4].

ومع ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكام قليلة لها ذهبت إلى أن الاستناد الخاطئ لقواعد المسؤولية التقصيرية في نطاق عقدي لا يؤثر على سلامة الحكم وذلك إذا كانت مسألة التكييف مسألة نظرية لا أثر لها في الحكم[5].

---

(1) أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، نظراته السابقة، ص11 ص7 والمصادر التي أشار لها. وانظر كذلك محكمة باريس في 4 حزيران (يونيو) 1923، دالز 1924، 2- 117.

(2) محكمة استئناف إكس 16 يوليو سنة 1931 دالوز 1932 ـ 2 ـ 5، وهو حكم مؤيد لحكم المحكمة الابتدائية الصادر في 5 مايو سنة 1930 دالوز ـ 380.

(3) نقض مدني فرنسي 20 مايو، سنة 1936 دالوز 1936 ـ 188.

(4) أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف11، ص7؛ وحكم محكمة النقض الفرنسية في 28 مايو سنة 1976 جازت دي باليه 1976 ـ 2 ملخص ص5؛ وحكم استئناف باريس 24 تشرين الأول سنة 1983، دالوز 1984 ص149 وما بعدها؛ ويلاحظ: مازووتك، مطول المسؤولية، المرجع السابق، ف148 و508؛ سافاتيه وأوبي، مطول القانون الطبي ف236 وما بعدها؛ كازانوفا، المسؤولية الطبية، رسالة من جامعة إكس بروفانس عام 1946، ف106 وما بعدها؛ بينو Penneau، الخطأ في المسؤولية الطبية، رسالة من جامعة باريس 1973، ف22 وما بعدها؛ بينو، المسؤولية الطبية باريس 1977، ف15 وما بعدها؛ ميشيل ني M.Ney، مسؤولية الأطباء، لوزان 1979، ص15 وما بعدها.

(5) عرائض في 27 تشرين الثاني 1934 جانيت بباليه 1935 ـ 1 ـ 6؛ مدني في 14 آذار 1938 جازيت دي باليه، 1938 ـ 1 ـ 849.

وقد تعرض هذا السلوك الذي سلكته محكمة النقض الفرنسية بتكييفها مسؤولية الطبيب بأنها مسؤولية تعاقدية، إلى النقد والتجريح من قِبَل بعض الفقهاء خاصة أوبري ورو اللذين ذهبا إلى الطبيعة التقصيرية، ذلك أن التزام الطبيب يقوم على اعتبارات فنية مهنية تحكمه التزامات قانونية، في القوانين واللوائح (الأنظمة) والتعليمات أكثر منها في الالتزامات العقدية. ومن ناحية ثانية فإن العلاقة بين الطبيب المعالج والمريض المتضرر تتصرف إلى حقوق تتعلق بالكيان المادي للإنسان أي بحقوقه الشخصية وهذه الأخيرة لا يرد عليها المساومة أو التعاقد، فإذا اتفق الطرفان على عقد موضوعه حق من الحقوق السابقة فإن العقد يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً[1].

بيد أن وجهة النظر هذه لم تستطع الوقوف على قدميها أمام شبه الإجماع في الفقه والقضاء الفرنسيين، ذلك أن الالتزامات المتمخضة عن الالتزام العقدي لا يشترط فيها أن تكون منتظمة في العقد ذاته بل يكفي أن تكون مفروضة بموجب نظام قانوني مهني، سواء بمقتضى القانون أو الأنظمة أو في تقاليد المهنة الطبية. أما بالنسبة لحقوق الشخصية (الكيان المادي للإنسان) فإن المشرع أجاز المساس بجسم الإنسان لاعتبارات صحية وعلاجية[2].

أما في جمهورية مصر العربية فإن محكمة النقض المصرية أقرت في عام 1969 الطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب المدنية، فقد جاء في هذا الحكم ((وحيث إن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو وكيله هي مسؤولية تعاقدية وإن كان الطبيب المعالج لا يلتزم بوجوب العقد المبرم بينه وبين المريض بشفاء الأخير أو نجاح التداخل الجراحي الذي يجريه الطبيب للمريض، لأن التزام الطبيب المعالج الحديث على الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية على أساس أن اتفاق المريض مع طبيب معين إنما يضيف إلى العلاقة شيئاً لولاه لما اعتنى الطبيب بالمريض[3].

وإذا كان القانون يضع على عاتق الطبيب المعالج التزاماً بأن يتحلى بالعناية والحذر في علاقته بمريضه، كما يلتزم أي شخص بأن يتحلى بالعناية والحذر في علاقته بالناس في مجتمعه الذين لا يرتبط معهم بأية رابطة عقدية، فإن تطابق هذا

---

(1) أوبري ورو، القانون المدني الفرنسي، ط6، جزء 6، ف446.

(2) مازووتك، مطولة المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف148؛ حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص65 وما بعدها.

(3) أحمد سلامة، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص242؛ الدكتور سليمان مرقس، تعليمات على الأحكام في المواد المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، س7، فبراير سنة 1937، ص155 وما بعدها؛ الدكتور محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف53، ص370 وما بعدها.

الالتزام العام مع التزام عقدي لا يؤدي إلى استبعاد المسؤولية العقدية لحساب تطبيق المسؤولية التقصيرية، بل تظل المسؤولية عقدية[1].

ويقول أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون: ((وواضح أنه لا خوف على تطور علم الطب وتقدمه من هذا الاتجاه السليم ـ يقصد المسؤولية العقدية ـ، ذلك أن من المقرر فقهاً وقضاءً أن عبء الإثبات لا يتوقف على طبيعة المسؤولية، وإنما يتوقف على (طبيعة الالتزام) إذ من المعروف أن الالتزام قد يكون التزاماً بنتيجة وقد يكون التزاماً بوسيلة، فقد يلتزم المدين أحياناً بتحقيق نتيجة عينية كأن يتعهد معماري ببناء دار معينة خلال مدة معينة، أو كأن يتعهد أمين النقل بنقل بضاعة إلى مكان معين، وكالتزام البائع بنقل ملكية المبيع والتزام المشتري بدفع الثمن، فهذا هو الالتزام بنتيجة أو هو التزام محدد كما يسميه بعض الفقهاء))[2].

وقد يقتصر التزام المدين على مجرد اتباع قدر معين من الحيطة والحذر في سلوكه مع الغير ولا عليه بعد هذا إن تحققت النتيجة التي يهدف إليها المتعاقد الآخر أو تخلفت، كالتزام المحامي نحو موكله، والتزام الطبيب نحو مريضه))[3].

وإذا كان الالتزام التزاماً بتحقيق غاية (التزاماً بنتيجة) فإن عبء الإثبات يقع على المدين، ذلك أن القانون يفترض صدور خطأ منه بمجرد أن يثبت المريض المتضرر (الدائن) الدليل على أن الغاية أو النتيجة التي توخاها من العقد والتي التزم هذا الطبيب المدين بتحقيقها قد تخلفت ولم تتحقق، وعلى هذا الطبيب المدين إذا ما أراد التخلص من المسؤولية أن يثبت للمحكمة عدم صحة هذا الافتراض القانوني البسيط وذلك بأن يثبت بأن عدم تحقق الغاية التي طلبها المريض الدائن إنما كان نتيجة سبب أجنبي[4].

أما إذا كان الالتزام التزاماً ببذل عناية فإن المريض المدعي هو الذي يريد إلقاء المسؤولية على الطبيب المدعى عليه والقاعدة العامة في الإثبات أن على المدعي إقامة

---

(1) أحمد سلامة، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص242؛ حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص64؛ د. السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ف439؛ د. محمد علي عمران، مصادر الالتزام، 1984، المرجع السابق، ص57 وما بعدها؛ محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة، المرجع السابق، ص89 وما بعدها؛ الدكتور وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين، مجلة القانون والاقتصاد، س12، يناير 1942، ص394 وما بعدها.

(2) أستاذنا الدكتور الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف12، ص7 بالإشارة إلى الأساتذة (مازو) الدروس، ج2، ف21.

(3) نقلاً عن أستاذنا الدكتور الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف12، ص7.

(4) أستاذنا الدكتور الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف12، ص8.

الدليل على ما يدعيه (البينة على من ادعى...)[1]. فعلى المريض المدعي أن يثبت صدور خطأ من الطبيب المدعى عليه.

ورجال الفقه يجمعون على أن التزام الطبيب تجاه المريض هو التزام عناية وليس التزاماً بتحقيق الغاية أو النتيجة التي يرغبها المريض وهي شفاؤه من العلة أو الداء الذي به يلتزم الطبيب نحو مريضه ببذل قدر معين من العناية التي هي اتباع الطرق العلمية والأصول الفنية المقررة بمقتضى المهنة الطبية؛ فإذا أراد المريض إلقاء المسؤولية على عاتق طبيبه فإن عليه أن يثبت خطأ الطبيب وتقصيره وإهماله وإخلاله بهذه الالتزامات العقدية وخروجه على قواعد وأصول المهنة الطبية[2].

ومع تسليم معظم رجال الفقه، بأن مسؤولية الطبيب عما يقترف من أفعال ضارة تجاه المرضى مسؤولية عقدية[3]، فإن التساؤل لا يزال حول هذا الموضوع، وهل من الصحيح أن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية عقدية في جميع الحالات القانونية التي يقوم الطبي بأدائها؟ وهل أن الحالة العقدية هي الحالة الوحيدة لهذا النوع من المسؤولية؟ ألا توجد حالات أخرى تنتظمها المسؤولية التقصيرية؟ فإذا كانت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر عام 1936 قد قررت الطبيعة العقدية لفعل الطبيب، فهل نهمل الحالات الأخرى التي تتسع لها دائرة المسؤولية التقصيرية؟

إن الفقه والقضاء ـ كما أسلفت ـ مجمعان على أن أفعال الطبيب تنتظمها عادة المسؤولية العقدية، هذا هو الوضع الغالب، ولكنه ليس بالحال الدائم أو العام المطلق، ذلك أن اعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية لا يمثل كل الحالات القانونية التي يقوم الطبيب بأدائها، فالحالة العقدية ليست هي الحالة الوحيدة، فهناك حالات لا تنفصل عن نشاط الطبيب، فالطبيب يقوم يومياً بنشاطات عديدة أثناء قيامه بعلاج المريض، كما يتأثر هذا النشاط حسب علاقته بالمريض وعلاقته بالمستشفى التي يعمل فيها سواء أكان المستشفى عاماً أم خاصاً، وكذلك يتأثر نشاط الطبيب بعلاقته بالفريق الطبي الذي يعمل من خلاله وعلاقته بمساعديه، إلى غير ذلك من الصور العديدة لنشاطات الطبيب، والتي تؤيد أن طبيعة المسؤولية الطبية يتأثر تكييفها بتعدد تلك العلاقات[4]. إن حالات المسؤولية الطبية بعيدة كل البُعد عن أن تكون حالات موحدة، وهذه الحالات عديدة ومتنوعة، إذ هي تارة لا يجوز مناقشة طابعها التعاقدي،

(1) نص المادة 7 من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979.
(2) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف13 ص8.
(3) د. أحمد سلامة، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، القاهرة 1975، ص252.
(4) د. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، المرجع السابق، ص246.

وتارة أخرى لا يمكن إنكار الطابع التقصيري حتى لو وصفناه بأنه إخلال أثناء تنفيذ العقد، وهذا ما حدا بأحكام النقض الفرنسية إلى القول بأنه ((ليس من حاجة لقاضي الموضوع أن يبين على وجه الدقة طبيعة المسؤولية الطبية في كل ما يطرح عليه ما دامت لا جدوى عملية في هذا، وعلى الخصوص في الحالات التي تكون فيها المسؤولية عن عمل الغير، والمسؤولية الناشئة من الأشياء، والتي تعفي المتضرر فيها من أن يقيم الدليل على خطأ الطبيب.

إذ إن الخطأ الفني الذي يصدر من ذوي المهن الطبية واحد لا يتغير في الالتزام العقدي أو الالتزام التقصيري (القانوني)، وهذا ما حدا بالقضاء الفرنسي إلى تطبيق المادتين 1382 و1383 منن القانون المدني الفرنسي، على المسؤولية الطبية على الرغم من وجود الالتزام العقدي بين المريض وطبيبه[1].

السؤال الذي يطرح نفسه ما هو دور تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية؟ فهل هذا الدور يؤثر على دعوى التعويض؟ وهل يؤثر ويتعلق بعبء الإثبات؟ حيث إنه لم تعد هناك أهمية عملية لربط ذلك بطبيعة المسؤولية الطبية، ذلك أن دور القاضي المدني في الإثبات لم يعد سلبياً فيما يخص المسؤولية بشكل عام ولم يعد سلبياً فيما يخص المسؤولية الطبية بصورة خاصة، بل إن دور القاضي المدني في هذا الخصوص أصبح دوراً إيجابياً أسوةً بالقاضي الجنائي، لأنه - أي القاضي المدني - يوكل أمر الإثبات فيما يتعلق بمسؤولية الطبيب إلى الخبير الفني من أن مسؤولية الطبيب عقدية إلا أننا لا نسلم بذلك إلا من حيث المبدأ. إذ يوجد ما يثير بعض الإشكالات القانونية. فالإرادة قد لا تصدر من المريض للتعاقد عندما يعالج في مستشفى عام، بل يبدو جلياً غياب هذه الإرادة عندما يصاب المريض إصابة تحول دون أن يعبر عن إرادته فيتدخل الطبيب تلقائياً لمعالجته، وهذا ما يتصور في حوادث الطريق التي تستلزم معالجة المريض بصورة عاجلة، أو الحالة التي يصاب بها بالصرع فيفقد وعيه أو رشده فيسارع الطبيب لإنقاذه، وما إلى ذلك من الحالات العاجلة والضرورة، وقد يرتكب الطبيب خطأ لا يمكن أن يوصف بأنه إخلال بعقد، كما لو حرر شهادة تنقضها الحقيقة بأن شخصاً ما مصاب بمرض عقلي.

بناءً على ما تقدم، توجد ضرورة لتأمل المسؤولية ومن ثم تكييفها تبعاً للخطأ الذي يرتكبه الطبيب فيما إذا كانت مسؤولية عقدية أو أنها تقصيرية لا تخضع للعقد

(1) د. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، المرجع السابق، ص246.

وإنما لأحكام المادتين 202 و203 من القانون المدني العراقي المقابلة للمادة 163 من القانون المدني المصري والمادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي.

الفرع الثاني: شروط كون مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية

يلزم لكي تكون مسؤولية الطبيب عقدية اجتماع عدة شروط إذا ما تخلف أحدها اعتبرت مسؤولية تقصيرية، وهذه الشروط هي التالية:

أولاً: يجب أن يكون هناك عقد.

ثانياً: يجب أن يكون ذلك العقد صحيحاً.

ثالثاً: يجب أن يكون المجني عليه هو المريض.

رابعاً: يجب أن يكون الخطأ المنسوب إلى الطبيب نتيجة لعدم تنفيذ التزام ناشئ عن عقد العلاج.

خامساً: يجب أن يكون المدعي صاحب حق في الاستناد إلى العقد.

وسوف نشرح بإيجاز كل شرط من هذه الشروط حيث أن كلاً منها يثير عدة فروض وحالات يجب التمييز فيما بينها.

الشرط الأول: يجب أن يكون هناك عقد

فإذا قام الطبيب بمباشرة التدخل العلاجي أو الجراحي دون أن يكون بينه وبين مريضه علاقة أو رابطة عقدية، كانت مسؤوليته تقصيرية. ويثير هذا الشرط حالتين:

1- حالة ما إذا كان المريض قد اختار طبيبه:

من البديهي أن يختار المريض طبيبه ما دامت علاقتهما قائمة على أساس العقد الذي ما هو إلا نتاج الإرادة. بيد أن الجدل قد يثور حول ما إذا كانت هذه الإرادة تتجه إلى إبرام عقد أو لا في حالة العلاج بالمجان[1].

وقد انقسم الفقه حول ذلك بين قائل أن العقد لا وجود له في هذه الحالة وآخر يرى أن قيام عقد العلاج لا يتنافى مع كون العلاج مجاناً. ويبدو لنا قدر تعلق المسألة بموضوع هذا البحث أنه في حالة العلاج بالمجان لا يصح الجزم بوجود العقد من عدمه دون الرجوع إلى ملابسات الحالة لمعرفة ما إذا كان المريض وطبيبه قد انصرفت نيتهما إلى إنشاء التزام على كاهل الطبيب أو كان قصد الطبيب أن يقوم بالعلاج بطريقة المجاملة فقط. فإذا اتضح لنا وجود عقد في حالة العلاج بالمجان فيسأل الطبيب بمقتضى أحكام المسؤولية العقدية متى ما أخل بهذا العقد، وذلك لأن انتفاء الصفة العقدية عما

---

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص65؛ وقارن د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، الخطأ والمسؤولية المهنية، دروس لقسم الدكتوراه، جامعة القاهرة 1955، ف187 ص373- 377؛ وقارن د. وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، القاهرة 1987، ص24.

يؤديه الطبيب من خدمات لا يتأسس على المجانية وحدها، لأن المجانية ليست دليلاً على عدم وجود العقد، فالنظام القانوني مشتمل على عقود تبرع تبرم إلى جانب عقود المعاوضات، وعليه يتعين لتحديد طبيعة هذه المسؤولية البحث عن النية المشتركة لطرفيه، فيقوم عقد بينهما إذا اتضح أن نية الطرفين قد اتجهت إلى ترتيب التزام على عاتق أحدهما، يكون أداؤه الخدمة مجاناً للآخر تنفيذاً له[1].

2- حالة تدخل الطبيب بغير دعوة من المريض:

إذا كان وجود العقد أمراً واضحاً في حالة اختيار المريض لطبيبه، فالشأن غير واضح إذا لم تسمح الظروف باختياره، كأن يتدخل الطبيب من تلقاء نفسه أو يطلب منه بعض المارة إنقاذ حياة شخص فقد الوعي نتيجة إصابته بحادث؛ وكذلك حالة دخول المريض إلى أحد المستشفيات يجهل اسم الطبيب الذي يعمل فيه؛ وكذلك العامل الذي يعمل في أحد المصانع أو المشاريع الخاصة، لا يختار هذا العامل الطبيب الذي يعالجه وإنما هو يعهد هذا الاختيار لرب العمل، ففي هذه الحالات ومثيلاتها هل تعد مسؤولية الطبيب تقصيرية أم تعتبر عقدية؟ للإجابة على هذا السؤال يجب أن نميز بين الفروض التالية:

أ- مبادرة الطبيب وتدخله من تلقاء نفسه أو بدعوة من غير ذي صفة:

ويحدث ذلك غالباً فيما يتعلق بشأن الحوادث، فإذا ما شاهد الطبيب حادثة ما وبادر من تلقاء نفسه لإنقاذ المصاب الذي فقد الوي نتيجة إصابته، فلا يمكن في هذه الحالة أن يقال أن هناك عقداً بين الطبيب والمصاب، فما عمل الطبيب في هذه الحالة إلا من قبيل الفضالة، وكذلك الحال إذا تدخل الطبيب لإسعاف المصاب بناءً على دعوة الجمهور، فهنا لا يمكن القول بوجود عقد بين الطبيب وداعيه، إذ من التعسف القول بأن الذي طلب من الطبيب التدخل لإنقاذ المصاب قصد التعاقد مع الطبيب لمصلحة المريض، بل إن دعوته مجرد رجاء إلى الطبيب لكي يسعف المصاب وينقذ حياته التي أوشكت على الانتهاء[2].

ومع ذلك فإن دلت ظروف الحال على أن من دعا الطبيب قد قصد إلى التعاقد باسمه لمصلحة المصاب وكانت له مصلحة شخصية من هذا التعاقد، كما لو كان الداعي هو الشخص المسؤول عن الحوادث، وكان قصده التخفيف من نتائجه حتى لا

(1) د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص26.
(2) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص68؛ قارن د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص28.

يثقل عليه عبء التعويض، ففي هذه الحالة تطبق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير[1]. أما إذا كان من دعا الطبيب قد قصد إلى التعاقد باسم المصاب ونيابةً عنه دون أن تدفعه إلى ذلك مصلحة شخصية، تطبق حينئذ أحكام الفضالة وفي كل ذلك لا ينفي أن تكون الرابطة بين الطبيب والمصاب علاقة تعاقدية لأنه إذا طبق حكم الاشتراط لمصلحة الغير كان المصاب في مركز المستفيد الذي ينصرف إليه أمر العقد. أما إذا طبق حكم الفضالة كان في مركز رب العمل الذي ينوب عنه الفضولي نيابة قانونية في التعاقد مع الطبيب الذي حقق مصلحة أكيدة له[2].

والواقع أن التكييف القانوني لفعل الطبيب لا يتأثر بواقعة تدخله من تلقاء نفسه أو بناءً على دعوة الجمهور لأن العمل إذا حصل تنفيذاً لدعوة تلقاها الطبيب من غير ذي صفة هي من قبيل الفضالة. أما عن طبيعة مسؤولية الطبيب في هذه الحالة، فإنه يتحتم توفر العقد الطبي لكي نكون بصدد مسؤولية تعاقدية أما إذا كان العقد غير موجود في تلك الحالة، فإن المسؤولية هنا لا يمكن أن توصف بأنها مسؤولية عقدية، بل هي مسؤولية تقصيرية[3].

ب- حالة الطبيب المعين من قِبَل مستشفى خاص أو صاحب مشروع خاص:

يقع في الحياة العملية أن يتعاقد طبيب مع مستشفى أو شركة أو مصنع، ويلتزم الطبيب بمقتضى العقد الذي يبرمه مع هذه الشركة أو المصنع أو ذلك المستشفى، بعلاج المرضى الذين يلجأون إلى المستشفى أو عُمّال الشركة أو المصنع الذين يصابون أثناء العمل، في هذه الحالة لا ريب من وجود العقد بين الطبيب والمستشفى أو الشركة أو المصنع، وهذا العقد ينظم العلاقات المتبادلة بينهما، ولكن الطبيب في تنفيذه لهذا العقد يدخل في علاقات مباشرة مع المرضى الذين يلجأون إلى المستشفى أو مع عُمّال الشركة أو المصنع فعلى أي أساس تتحدد علاقاتهما؟[4].

الطبيب ملزم بمقتضى العقد أن يقدم خدماته لمرضى غير مرتبطين معه بأية رابطة أو علاقة عقدية، والمرضى يعهدون بالعناية بصحتهم إلى طبيب لم يختاروه بأنفسهم ولا يستطيعون رفض خدماته، فكيف يمكن تحليل مركز هذا الطبيب من الناحية القانونية؟

---

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص68 هامش رقم 2؛ قارن د. السنهوري،نظرية العقد، المرجع السابق فـ805 ص899- 900.

(2) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص69، بالإشارة إلى د. السنهوري، المجوز في الالتزامات فـ415، والمصادر الفرنسية التي أشار لها.

(3) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص70 و71؛ قارن د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص28.

(4) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص73؛ قارن د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص28.

يبدو أن هناك اشتراط لمصلحة الغير، حيث إن الاشتراط لمصلحة الغير يقتضي وجود عقد أصلي يؤسس عليه الاشتراط، فهذا ما نجده فيما يتعلق بالحالة التي نحن بصددها، إذ إن الرابطة بين الطبيب والمريض ما هي إلا نتيجة عقد إيجار أشخاص الذي يتم بين الطبيب ومالك الشركة أو المصنع (المشروع الخاص) أو مالك المستشفى الخاص، فالطبيب وهو المتعهد بمقتضى العقد يلتزم تجاه إدارة الشركة أو المصنع أو المستشفى (وهي المشترطة) بأن يعمل لمصلحة المرضى (هم المستفيدون من الاشتراط). وهذا الاشتراط لمصلحة الغير موجود بلا ريب، ولا يجوز الاعتراض بأن الاشتراط هنا حصل لمصلحة أشخاص غير معينين وقت إبرام العقد ما داموا قابلين للتعيين وقت تنفيذ هذا العقد[1].

وبناءً على ما تقدم، فإن للمرضى (المستفيدين) من هذا الاشتراط دعوى مباشرة مستمدة من العقد يرفعونها ضد المتعهد ليطالبوه بتنفيذ التزامه، وعلى ذلك فإن مسؤولية هذا الطبيب في هذا الفرض أو هذه الحالة لا يمكن وصفها إلا بأنها مسؤولية عقدية

ج- حالة الطبيب الذي يعمل في أحد المستشفيات العامة:

لقد استقر الفقه والقضاء على أن الموظف في علاقته بالإدارة يعتبر في مركز تنظيمي وأنه يخضع تبعاً لذلك للقوانين والأنظمة والتعليمات الخاصة بالتوظيف[2].

والحقيقة أنه لا توجد أية علاقة بين الطبيب والمريض، وإنما تنشأ العلاقة بطريق مباشرة بين المريض والدولة القائمة بمهمة المستشفى العام، وهذه الرابطة هي رابطة قانونية تخضع لقانون تأسيس المستشفى أو للقانون المنظم للمرفق العام، وأن شخصية الطبيب تندمج في شخصية الدولة وتنظم مسؤوليته إلى مسؤوليتها. ولنا عودة إلى هذا الموضوع عند بحث مسؤولية الطبيب عن فعل الغير (أعوانه ومساعديه) في الفصل الأول من الباب الثالث.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها: بأن علاقة الطبيب بالجهة الإدارية التي يتبعها علاقة تنظيمية وليست تعاقدية، وأن مسؤولية الطبيب في المستشفى العام، عن الضرر الذي يصيب المريض بسبب خطأ الطبيب المساعد مسؤولية تقصيرية، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص74؛ قارن د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص29؛ وقارن د. السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ف800، ص892 ـ 894.

(2) د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، القاهرة 1964، ص298؛ د. حسن عبدالعال، الوظيفة العامة القاهرة 1983، ص39.

حتى ينعقد عقد بينهما، كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائها، لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها علاقة تنظيمية وليست تعاقدية، وبذلك لا يكون هناك محل لبحث مسؤولية الطاعن في دائرة المسؤولية العقدية[1].

الشرط الثاني: يجب أن يكون ذلك العقد صحيحاً

العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً، والعقد الباطل لا يترتب عليه التزام، والمسؤولية عنه تكون تقصيرية، ويبطل العقد إذا لم يؤخذ رضاء المريض بالعلاج، ويبطل العقد أيضاً إذا كان السبب غير مشروع أو مخالفاً للآداب، إذا كان الهدف من عقد العلاج ليس معالجة المريض، بل كان بقصد إجراء تجربة طبية خطيرة لا تقتضيها حالة المريض الصحية[2].

الشرط الثالث: يجب أن يكون المجني عليه هو المريض:

لكي تكون مسؤولية الطبيب عقدية ينبغي أن يكون المجني عليه هو المريض، فإذا كان من الغير كمساعد للطبيب وأصيب بجرح أثناء إجراء عملية جراحية، ففي هذه الحالة لا يمكن أن توصف مسؤولية الطبيب بأنها مسؤولية عقدية، بل هي مسؤولية تقصيرية[3].

الشرط الرابع: يجب أن يكون الخطأ المنسوب إلى الطبيب نتيجة لعدم تنفيذ التزام ناشئ عن عقد العلاج الطبي

أما إذا كان الخطأ المنسوب إلى الطبيب ليس نتيجة خطأ لعدم تنفيذ التزام متولد عن العقد الطبي، ولا يمت بصلة إلى العلاقة العقدية، كما في حالة عدم تنبيه الطبيب إلى أخطاء مطبعية في نشرة طبية خاصة بتحديد جرعة العقاقير أو الأدوية، وتسبب عن عدم التنبيه هذا وفاة شخص، ففي هذه الحالة تكون المسؤولية تقصيرية وليست تعاقدية[4].

الشرط الخامس: يجب أن يكون المدعي صاحب حق في الاستناد إلى العقد

يشتمل هذا الشرط على عدة حالات على النحو الآتي:

---

(1) نقض مدني مصري، في 3 تموز (يوليو) 1969، المحاماة س20، ص1094.

(2) الأبراشي، المرجع السابق، ص79.

(3) د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص34.

(4) د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص34.

الحالة الأولى: إذا كان المريض أو من ينوب عنه قانوناً أو اتفاقاً هو الذي اختار الطبيب، وكان هو الذي رفع ضد الطبيب دعوى المسؤولية، فمسؤولية الطبيب حينئذ عقدية. بيد أنه إذا فارق المريض الحياة نتيجة لخطأ الطبيب أو الجراح وأصاب الضرر ذوي الميت أو أقاربه فإن لهؤلاء أن يطالبوا الطبيب بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية[1].

الحالة الثانية: إذا كان الذي أبرم عقد العلاج الطبي غير المريض ولا يمثله قانوناً أو اتفاقاً؛ كالعقد الذي يبرمه زوج لزوجته أو رب العمل لعماله أو قريب للمريض؛ هنا يجب التمييز بين ثلاثة فروض:

1- إذا كان من أبرم عقد العلاج الطبي مع الطبيب أو الجراح قد تعاقد باسمه مشترطاً حقاً مباشراً للمريض من العقد الطبي طبقت قواعد وأحكام الاشتراط لمصلحة الغير، فتكون العلاقة بين الطبيب والمريض رابطة تعاقدية.
2- إذا كان من أبرم العقد الطبي مع الطبيب أو الجراح قد تعاقد باسم المريض ولمصلحته طبقت قواعد وأحكام الفضالة، فتكون الرابطة بين المريض والطبيب علاقة عقدية.
3- إذا كان من أبرم عقد العلاج الطبي مع الطبيب أو الجراح قد تعاقد باسمه ولتحقيق مصلحته الذاتية دون أن يقصد ترتيب حق مباشر للمريض من هذا العقد، فإنه لا يمكن القول بوجود اشتراط لمصلحة المريض، كما أنه لا يمكن اعتبار من تعاقد مع الطبيب نائباً عنه بوصفه فضولياً، لأنه لم يقصد من وراء العقد الطبي تحقيق مصلحة له، ولذلك فإنه يجب الرجوع للقواعد

---

(1) يطلق على هذا الضرر تسمية (الضرر المرتد) وهو يصيب أقارب الميت بأشخاصهم ويختلف عن الحق الذي يكون للمتوفى وينتقل إليهم بالوراثة. للتفصيل، راجع: أستاذنا الدكتور غني حسنون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول - مصادر الالتزام - بغداد 1971، ف887 ص467. وتقول الدكتورة وفاء حلمي أبو جميل في هذا الشأن: ((من المعروف أن أثر العقد كما ينصرف إلى طرفيه، ينصرف كذلك إلى الخلف العام والخلف الخاص لكل منهما في حدود ما نص عليه القانون. فالورثة خلفاء للمتوفى في جميع حقوقه، فإذا طالب الخلف عاماً كان أو خاصاً في إطار تلك الحدود بتنفيذ التزام ناشئ عن العقد أو بتعويض عن عدم تنفيذه، كانت قواعد المسؤولية العقدية هي الواجبة التطبيق، وعلى ذلك يبدو أن دعوى خلفاء المريض تجاه الطبيب تكون عقدية ما دامت تستند إلى تقصير في تنفيذ التزام رسمه العقد الطبي الذي أبرمه الطبيب أو الجراح مع ورثة المريض. وقد ترفع الدعوى على الطبيب أو الجراح من غير ورثة المريض المتوفى كان يكون أقارب له، إذ يحق لهؤلاء إقامة الدعوى على الطبيب الذي أخل بالتزامه التعاقدي، وأدى ذلك إلى وفاة قريبهم، يطالبون فيها بتعويض الأضرار المادية، إذا كان المتوفى يعيلهم أو يساهم في إعالتهم، أو الأضرار المعنوية أو الأدبية التي أصابتهم نتيجة اللوعة أو الحزن والألم والحرقة على قريبهم والتي سببها غيابه والتي أصابتهم شخصياً نتيجة وفاته. ولكنهم يعتبرون من (الغير) فيما يتعلق بالعقد الذي وقع خطأ الطبيب المعالج أو تقصيره إخلالاً به، مما أدى إلى وفاة قريبهم، لذلك فإن دعواهم ضد الطبيب أو الجراح تحكمها قواعد المسؤولية التقصيرية، راجع: مؤلفها، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص36.

العامة، فيكون لمن تعاقد مع الطبيب الحق في استعمال الدعوى العقدية، أما المريض فإنه يعتبر في هذه الحالة من (الغير) بالنسبة للعقد المبرم ولا يكون له إلا استعمال الدعوى التقصيرية[1].

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص89؛ قارن د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص37.

الباب الثاني
طبيعة الخطأ الطبي العقدي

((يصعب في الطب كثيراً الوصول إلى الحقيقة، وفن الطب كما نجده في الكتب أقل شأناً من الخبرة العملية التي يحصل عليها طبيب مفكر ماهر)).

الرازي

الباب الثاني
طبيعة الخطأ الطبي العقدي

بما أن الخطأ الطبي هو حسب الاتجاه الغالب في الفقه عقدي، فإننا وجدنا أن الصورة تقضي لبيان طبيعة هذا الخطأ، أن نرجع إلى عقد العلاج الطبي ذاته، لأن الخطأ ما هو إلا إخلال به، فهناك إذاً تلازم بين طبيعة عقد العلاج الطبي والطريقة التي يتكون بها، وبين طبيعة الخطأ الطبي ذاته. فإذا تلت طبيعة هذا العقد، أصبح من السهل أن نعرج إلى الخطأ فنسلط الضوء على طبيعته؛ وعلى هذا الأساس نقسم هذا الباب إلى فصلين رئيسين، نعقد الأول لبحث تكييف عقد العلاج الطبي وتكوينه، ونفرد الثاني لدراسة الخطأ باعتباره إخلالاً بالالتزام الطبي.

الفصل الأول
تكييف عقد العلاج الطبي وتكوينه

((ما زال المرء عالماً ما طلب العلم فإذا ظن أنه علم فقد جهل))

علي بن أبي طالب

ذكرنا سابقاً - في مدخل الباب الثاني - أن طبيعة الخطأ الطبي تتلازم مع طبيعة عقد العلاج الطبي والطريقة التي يتكون بها هذا العقد، لكون هذا الخطأ لدى أغلبية الفقه عقدياً. عليه نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نفرد الأول لدراسة تكييف عقد العلاج الطبي وخصائصه ونخصص الثاني لبحث تكوين عقد العلاج الطبي.

المبحث الأول
تكييف عقد العلاج الطبي وخصائصه

رغم إجماع غالبية رجال الفقه والقضاء على أن الرابطة بين الطبيب والمريض هي رابطة عقدية، إلا أن هؤلاء الفقهاء اختلفوا في تكييف هذا العقد وتعيين نوعه وبيان خصائصه، ولذلك سوف نقوم بدراسة وتحقيق مختلف الآراء والأفكار والمناقشات التي ظهرت على صعيدي الفقه والقضاء. فهل من الممكن درج عقد العلاج الطبي ضمن أحد العقود المسماة المعروفة على مستوى القانون المدني؟ وإذا كان هذا ممكناً فهل أن العقود التقليدية المعروفة في القانون المدني تنتظم وترحب بعقد العلاج الطبي ذي الخصائص المميزة عن بقية العقود الأخرى؟ وهل أن هذه العقود لا تضيق ذرعاً بعقد العلاج الطبي ولا تنفر منه؟ وهل أن هذا العقد يتوافق مع أحد هذه العقود؟

قلنا سلفاً بأن هناك شبه إجماع في الفقه بأن العلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة عقدية - إن القضاء يساهم مع الفقه في تحديد خصائص هذا العقد[1].

هذا الوصف سوف يخضع في المباحث القادمة إلى تدقيق وتحديد الطبيعة القانونية لعقد العلاج الطبي، ولكن كنا قد انتهينا من تدقيق الطبيعة القانونية، ننتقل إلى نقطة أساسية أخرى هي تدقيق وتحديد طبيعة وخصائص عقد العلاج الطبي، أو بعبارة أخرى تحديد للمفهوم القانوني لعقد العلاج الطبي، فهل من الصحيح أن عقد العلاج الطبي من عقود المعاوضة؟

أغلبية الفقهاء يرون أن العقد الطبي، عقد من نوع خاص، وأنه عقد من عقود المعاوضة، لأنه عقد مرتب لالتزامات متبادلة، ذلك أن كلاً من الطرفين يقدم للآخر عوضاً عما يتلقاه منه، فالطبيب يبذل العناية اللازمة والكافية ويقدم الخدمة الطبية اليقظة والحريصة لشفاء مريضه، في حين يقدم المريض لطبيبه الأتعاب المتفق عليه بمقتضى العقد أو التي يحكم بها القاضي عند النزاع[2].

يبدو من الصعب تشبيه عقد العلاج الطبي بعقود المعاوضة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن اعتبار عقد العلاج الطبي من عقود المعاوضة يثير الطبيعة القانونية للعلاج الطبي.

---

(1) لا نعود إلى موقف الفقه والقضاء بشأن بيان طبيعة المسؤولية الطبية، راجع 57 وما بعدها وص63 وما بعدها.
(2) بينو، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف19؛ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، المرجع السابق، ص160.

والسؤال الذي يثور في هذا المضمار، هو حول طبيعة العقد الطبي السابقة؛ في حالة ما إذا كان الطبيب لا يحصل على مقابل من المريض، ويحصل هذا في نطاق المستشفيات العامة أو بعبارة أخرى في نطاق الخدمات الطبية الاجتماعية المجانية العامة، فهل يظل مع ذلك من عقود المعاوضة؟ في مثل هذه الحالة يبقى المريض ملتزماً بالتزامات أخرى ناشئة عن العقد الطبي وهي التزامه بالخضوع لمقتضيات العلاج والرضوخ للأوامر الطبية وتعليمات الطبيب وتوجيهاته وإرشاداته، ولكنه غير ملزم تجاه الطبيب بالتزام نقدي أو مالي.

إذاً عقد العلاج الطبي في مثل هذه الحالة يبقى ملزماً للطرفين المتعاقدين الطبيب ومريضه ولكن وصف المعاوضة فيه معدوم، ويصبح عقداً من عقود التبرع.

والواقع، خصوصاً مع تطور الخدمات الطبية الاجتماعية العامة المجانية، سواء أكانت على شكل خدمات تضطلع بها المؤسسات الصحية العامة أم المؤسسات الخيرية، لا تؤثر على الطبيعة العقدية للعلاقة بين الأطباء والمرضى، فتقديم العلاج مجاناً لا يتعارض مع الوصف الاتفاقي لعلاقة الأطباء بمرضاهم، ويلاحظ في المقابل أنه إذا كانت المجانية لا تتعارض مع الطبيعة العقدية لعلاقة الطبيب بالمريض، فانعدام الرابطة العقدية لا ينفي بالضرورة وجود المقابل المالي؛ ففي بعض الأحيان يقوم الطبيب بعمله ويقدم العلاج للمرضى دون تعاقد، ومع هذا يحصل هذا الطبيب الذي أدى العلاج على الوجه الصحيح، على مقابل نقدي أو مالي لقيامه بتقديم العلاج الطبي للمرضى، وبعبارة أخرى أدق أن تدخل الطبيب في غير حالة تعاقده مع المرضى أو ذويهم لا يحرمه من حقه في المطالبة بأتعابه[1].

لم ينته خلاف الشراح، في تكييف عقد العلاج الطبي، عند موضوع المعاوضة، بل انقسم الفقهاء في تكييف عقد العلاج الطبي إلى طائفتين بشأن تصنيفه إلى ما هو مسمى وغير مسمى، تذهب الأولى إلى درج عقد العلاج الطبي في أحد العقود التقليدية المعروفة على صعيد القانون المدني، والثانية ترى أن عقد العلاج الطبي عقد من نوع خاص، ويحتاج إلى تنظيم خاص، ويخضع لقواعد خاصة، والاتجاه الأول شبه عقد العلاج بأحد العقود المسماة مثل (عقد الوكالة أو عقد العمل أو عقد إجارة الأشخاص أو عقد المقاولة). وأما الاتجاه الثاني فيذهب إلى أن العقد الطبي المبرم بين الطبيب والمريض هو عقد غير مسمى.

---

(1) هنري رولاند Henri Roland ولورانت بوير Laurent Boyer، بوريس ستارك Boris Stark، القانون المدني، الالتزامات، ط2، باريس 1985 ف26.

ولأجل توضيح هذين الاتجاهين نقسم هذا المبحث إلى فرعين نستعرض في أحدهما الاتجاه الأول وفي الآخر الاتجاه الثاني.

الفرع الأول: عقد العلاج الطبي عقد مسمى

انتهى الاتجاه التقليدي في تكييف عقد العلاج الطبي، بأنه عقد مسمى، وانقسم هذا الاتجاه إلى ثلاث طوائف، ذهبت الأولى إلى أنه عقد وكالة، ورأت الثانية أنه عقد عمل، وخلصت الثالثة إلى أنه عقد مقاولة.

عليه نقسم هذا الفرع على مطالب ثلاث نتكلم في المطلب الأول باعتبار أن عقد العلاج الطبي عقد وكالة، وفي الثاني نبحث كون عقد العلاج الطبي عقد عمل وندرس في الثالث على أن عقد العلاج الطبي عقد مقاولة.

المطلب الأول: عقد العلاج الطبي عقد وكالة

ذهب جانب من الفقه السويسري إلى أن العلاقة بين الطبيب ومريضه مبناها عقد وكالة وفقاً لنص المادتين 162 و394 من قانون الالتزامات السويسري، وتقضي هاتان المادتان أن قاعدة التوكيل تنطبق على الأعمال الفنية، لأن الوكيل لا يلتزم بتحقيق نتيجة ـ بخلاف عقد المقاولة ـ وبذلك ينسجم عقد الوكالة مع عقد العلاج الطبي. ومضمون التزام الطبيب بموجب هذا العقد هو تقديم العلاج لصالح المريض[1]. واعتبار عقد العلاج بين الطبيب ومريضه صورة من عقد الوكالة ما هو إلا صدى لأفكار اجتماعية واعتبارات تاريخية، حيث إن القانون الروماني يفرق بين المهن الحرة والحِرَف اليدوية التي تمارس من قِبَل الأرقاء عادة. وكان يعتبر العقد في الحالة الأولى عقد وكالة وفي الحالة الثانية عقد إيجار، لأن ذوي المهن الحرة ومنهم الأطباء كانوا لا يؤجرون خدماتهم، ولذلك حرم الطبيب من حق المطالبة بأتعابه لأن الوكالة كانت عقد تبرع وجوباً في ظل هذا القانون[2]. ولأن الرومان كانوا يعتبرون المهن الحرة في يد الأشراف يمارسونها بدون مقابل[3]. ولهذا فإنها تلحق بالوكالة التي هي بطبيعتها مجانية، وقد تأثر فقهاء القانون الفرنسي القديم بفكرة الرومان هذه فاعتبر (بوتيه) العقد بين الطبيب ومريضه من قبيل عقد الوكالة، ولكنه حلل طلب الأتعاب بحيلة قانونية فقال: ينبغي على المريض أن يقدم هبة إلى طبيبه ليرفع عن كاهله واجب

---

(1) د. احمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، المرجع السابق، ف127 ص222 هامش رقم 1 والمصادر الأجنبية التي أشار إليها.

(2) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص91 و92؛ خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج1، المرجع السابق، ص160.

(3) خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج1، المرجع السابق، ص160؛ وقارن د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ف80 و81، ص97ـ 99.

الوفاء، وعرفاناً بالجميل الذي يثقل كاهله[1]. بيد أن هذا الرأي تعرض للانتقاد من عدة وجوه[2]:

1- إن عقد العلاج الطبي لا يتفق ولا يتلاءم مع أحكام عقد الوكالة لأن الطبيب حر يزاول مهنته وفنه كما يشاء، ولا ينوب عن المريض. وليس عمله تصرفاً قانونياً؛ فأي تصرف قانوني يقوم به الطبيب أو الجراح في وصف العلاج أو في إجراء العملية الجراحية؟ إن الوكيل يقوم بتصرف قانوني معين لحساب الموكل، فضلاً عن أن الوكالة مبناها فكرة النيابة، فكيف يتصور أن الطبيب أو الجراح يقوم بأداء عمل نيابة عن الأصيل؟ وهو مريض يجهل فن الطب، وألجأته إلى هذا الجراح أو ذلك الطبيب ضرورة العلاج لكي يتخلص مما ألم به من داء، ناهيك عن أن الطبيب أو الجراح يزاول مهنته وفنه باسمه أو باسم المستشفى الذي يعمل فيه، فضلاً عن أن عمل الطبيب عمل فني ولا علاقة له بالتصرفات القانونية.

2- إذا كان عقد العلاج الطبي هو عقد وكالة، فإن معنى هذا أن يعتد بأهلية الأصيل للطعن في هذا العقد بالبطلان في الحالة التي يكون فيها المريض ناقص الأهلية أو فاقداً أهليته لانعدام التمييز أو الجنون ولم يقل أحد أن عقد العلاج الطبي باطل أو موقوف أو قابل للإبطال[3].

3- إن الوكيل ملزم بتقديم حساب للموكل وهو خاضع لرقابة الموكل في حين أن الطبيب حر يزاول مهنته ولا رقيب عليه إلا ضميره وأصول مهنته[4].

4- عقد الوكالة مجاني بطبيعته ولا يدخل عليها الأجر إلا استثناء في حين أن عقد العلاج الطبي عقد مأجور بالأصل[5].

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص91 و92 بالإشارة إلى بوتيه، شرح الوكالة، الفصل الأول، القسم الثاني، ص96 وترولونج، في الوكالة، ج6، ف190 ص207؛ وقارن: خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج1، المرجع السابق، ص160 و161؛ د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ف82 ص100 والهامش رقم 1؛ عبدالسلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، حلب 1966، ف130 ص243 و244.

(2) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص93؛ د. خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج1، المرجع السابق، ص161؛ د. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، المرجع السابق، ف127 ص222؛ عبدالسلام التونجي، المرجع السابق، ف130 ص244؛ د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف83 ص101.

(3) د. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، المرجع السابق، ف127 ص223.

(4) عبدالسلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ف130 ص244.

(5) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ف83 ص103.

5- النظرية السابقة مؤسسة على تفاوت في المهن، والقانون لا يكترث بوجود تفاوت بين العقود ولا محل لاعتبار الوكالة أرفع من أي عقد آخر كالإيجار مثلاً[1]. كما أن الوكالة تكون دائماً متباينة، فالوكيل يتكلم ويتصرف باسم الموكل، فهو بمثابة متحدث بلسان الغير، على الرغم من ظهوره متكلماً ومتصرفاً باسمه، فضلاً عن أن التصرفات القانونية التي يبرمها الوكيل تحدث وترتب الأثر الناجم عنها بذمة الموكل لا بذمة الوكيل[2].

إن هذه الانتقادات البسيطة الموجهة لنظرية الوكالة تكفي لإقامة الدليل على أن هذه النظرية لا تسعفنا في تكييف عقد العلاج الطبي لأنها تستند على مخلفات القانون الروماني، وهذا أمر يتعارض مع الأفكار والمبادئ السائدة في القانون الحديث، فمن الصعوبة بمكان أن نشوه المبادئ المستقرة في القانون، ونقول بأن الطبيب يقوم بإبرام تصرف قانوني لصالح المريض في حين أن الطبيب يقوم بتطبيب المريض ومعالجته[3].

ويعتقد القائلون بأن عقد العلاج الطبي عقد وكالة وأن علاقة الطبيب بمريضه هي علاقة وكيل بموكل، وأن الوكالة أكثر اتساقاً مع الطبيعة الخاصة لعقد العلاج الطبي وأن المجانية ليست من خصائص الوكالة[4].

والقول بأن عقد العلاج الطبي هو عقد وكالة قول واضح الفشل ـ كما يقول الأستاذ سافاتيه[5] لأن الأصل في عقد الوكالة أنه من عقود التبرع[6]، وهو عكس عقد العلاج الطبي، حيث إن صفة المعاوضة فيه واضحة، هذا من جهة، وإن مهمة الوكيل هي ـ كما أسلفنا ـ أداء أعمال وتصرفات قانونية لحساب الأصيل ترتب في ذمته التزامات وتكسبه حقوقاً في مواجهة الغير، وعقد العلاج الطبي بعيد كل البُعد عن هذا المضمار، من جهة أخرى.

المطلب الثاني: عقد العلاج الطبي عقد عمل

ذهب البعض إلى اعتبار عقد العلاج الطبي عقد عمل وذلك استناداً إلى الالتزامات الناجمة عنه[7]. ويلاحظ أن مفهوم مهنة الطب تنفر من هذا الوصف أي من

(1) د. حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص93.
(2) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ف83، ص105.
(3) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ف83 ص105.
(4) ميشيل ني M.Ney مسؤولية الأطباء، المرجع السابق، ص49.
(5) الأستاذ سافاتيه، مطول القانون الطبي، المرجع السابق، ص313.
(6) د. السنهوري، الوسيط، العقود الواردة على العمل، ج7، المجلد الأول، القاهرة 1964، ف208 ص372.
(7) د. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، المرجع السابق، ف128 ص223 بالإشارة إلى عدة مصادر أجنبية.

رابطة العمل؛ وبعبارة أخرى، أن الفن أو هذه المهنة تتعارض مع علاقة العمل كما هي معروفة على صعيدي القانون المدني وتشريعات العمل على حد سواء. فعقد العمل هو ذلك العقد الذي يتعهد فيه شخص بالعمل لفترة من الوقت، لخدمة شخص آخر، وتحت إشرافه مقابل أجرة، ومن هذا التعريف يتبين أن عقد العمل، عقد مأجور، يقوم على الاعتبار الشخصي من جانب العامل، الذي يكون تابعاً لرب العمل[1][2].

أما في عقد العلاج الطبي، فإن الطبيب يقوم بعمل مقابل أتعاب يدفعها المستفيد من العلاج وهو المريض أو المؤسسة التي يعمل فيها المريض، وليس في أصول مهنة الطب أو السوابق القانونية أو الأنظمة (اللوائح) التي تحكمها ما يمنع من أن يخضع الطبيب للإشراف والرقابة والتوجيه من قِبَل رب العمل[3]، خاصة إذا كان رب العمل طبيباً، وبعبارة أخرى من قِبَل من يؤدي العلاج الطبي لحسابه، وهو ما يحدث فعلاً في كثير من نماذج تعاقد الطبيب مع الغير، ومن هذا القبيل الطبيب الذي يعمل في مستشفى خاص واضعاً نفسه تحت تصرف وإدارة وتوجيه المؤسسة أو الشركة التي تعاقد معها، كأطباء المصانع والشركات[4].

والملاحظ أن الطبيب في حالة ارتباطه بعلاقة عمل فإن ذلك يكون تأسيساً على استظهار رابطة التبعية القانونية بينه وبين من يعمل لحسابه، وقد حرص رجال القضاء على بيان أن رابطة التبعية هي مجرد رابطة تنظيمية وإدارية لا تؤثر على استقلال الطبيب الفني، فالطبيب مستقل في عمله فنياً، وبعبارة أخرى الطبيب مستقل في

---

(1) د. محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، القاهرة 1983، ف40 وما بعدها.

(2) ليس هناك علاقة تبعية بين الطبيب والمريض تشابه العلاقة الموجودة بين المؤجر والأجير، حيث إن الأجير يخضع في عمله للمستأجر، وعقد إيجار الأشخاص يفترض بالضرورة توفر علاقة تبعية وخضوع بين المؤجر والأجير وهو غير متوفر في رابطة الطبيب مع مريضه، حيث إن علاقة التبعية الموجودة بين المؤجر والأجير تتنافى مع رابطة المريض بطبيبه، ذلك أن رابطة التبعية تحد من حرية الطبيب وتقيده تقييداً شديداً في مزاولة مهنته وفنه، إذ ينبغي أن يتمتع الطبيب بحرية تامة لتطبيق أصول فنه وهذا شرط أساسي لنجاحه في ممارسة مهنته. صحيح أن مهنة الطب أخذت تتطور وتتقدم مع تقدم وتطور الحياة العصرية حيث إنها أخذت تظهر بأشكال وأوضاع جديدة، حيث إنها لم تبق كما كانت أول ظهورها فردية، بل إن أصحاب المصانع والشركات والمستشفيات العامة والخاصة صاروا يتفقون مع الأطباء لتطبيب من يمرض أو يصاب من عمالهم، فضلاً عن أن شركات التأمين أصبحت تبرم عقوداً مع بعض الأطباء للكشف على من يؤمنون على حياتهم، فعقد العلاج الطبي أخذ يتأثر بمثل هذه العقود ونجم عن هذه نوع من علاقة التبعية (النسبية) حيث إن الطبيب المتعاقد مع مثل هذه المؤسسات ملزم تجاه المستشفى أو الشركة أو المصنع بان يقدم على صورة معينة وفي أوقات خاصة، ورابطة الطبيب مع هذه المؤسسات أخذت توصف بأنها رابطة متبوع بتابع. ولكن مثل هذا الرأي لا يمكن تعميمه إذ إنه قياس مع الفارق؛ فلا يخضع الطبيب في كيفية ممارسة مهنته من الناحية الفنية لأية رقابة، حيث إنه حر في اختيار العلاج المناسب لحالة المريض ومن أن يكون لهذه المؤسسات أي حق في رقابته وتوجيهه، فهو حر في وصف العلاج أو في إجراء العملية الجراحية.

(3) د. محمد علي عمران، الوسيط في شرح أحكام قانون العمل الجديد، القاهرة 1985، ص49 وما بعدها.

(4) نقض مدني فرنسي في 26 تشرين أول 1978 في J.C.P 1979، ـ 4 ـ 5؛ نقض فرنسي 30 يناير 1980 في J.C.P 1980 ـ 4 ـ 146.

تحديده لصور العلاج المناسبة كما يراها هو، فهذا الاستقلال الفني للطبيب يبقى خارج نطاق سلطة رب العمل في الرقابة والتوجيه والإشراف[1].

ويقول أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون في هذا الصدد: ((... نستبعد عقد العمل ذلك أنه إذا صح أن العقد المبرم بين المريض وطبيبه يلزم الطبيب بالتزام هو القيام بعمل إلا أنه ينبغي أن يلاحظ أن أياً من هذا النوع من الالتزام غير مقصور على عقد العمل وحده فهناك ـ كما رأيت ـ عقود أخرى تنشئ هذا النوع من الالتزام، ونحن نستبعد عقد العمل من هذه المجموعة لسبب بسيط هو أن من مستلزمات عقد العمل وطبيعته أن يضع العامل تحت (إدارة وتوجيه) رب العمل ولا يمكن أن يقال هذا على الطبيب إذ إنه حينما يباشر علمه إنما يباشره تحت إدارة وتوجيه مريضه))[2].

هذا هو الوضع الغالب لكنه ليس الحال الدائم، فإذا ما انتقلنا من نطاق علاقة الطبيب بمنشآت أو شركات أو مستشفيات خاصة يعمل فيها الطبيب ويخضع للتبعية التنظيمية إلى مضمار آخر هو نطاق التعامل الخاص أو التعامل الفردي في العيادة أو المنشأة الخاصة، فإن الوضع يتخذ قالباً آخر يختلف كل الاختلاف عن الوضع السابق، ذلك أن الأمر في هذا النطاق الثاني لا تتوافر فيه رابطة العمل كنموذج قانوني منظور إليه في إطار التبعية التنظيمية، ففي علاقة الطبيب بالمريض في مجال العقد الخاص أو العقد الفردي، وبعبارة أخرى في علاقته بزبائنه الخصوصيين يمارس الطبيب عمله على وجه الاستقلال سواء من الناحية الفنية ـ كما هو الحال في جميع الفروض ـ أو من الناحيتين التنظيمية والإدارية، فالطبيب لا يتلقى من مرضاه أية تعليمات أو أوامر حيث إنه حر في تنظيم أوقات وأماكن عمله وكيفية إدارة هذا العمل[3]. لذلك ففي هذا الفرض الثاني لا يمكن القول أن عقد العلاج الطبي هو عقد عمل حيث إنه ينفر من هذا الوصف ويتعارض مع أحكامه[4].

المطلب الثالث: عقد العلاج الطبي عقد مقاولة

ذهب فقهاء آخرون إلى أن عقد العلاج الطبي هو عقد مقاولة في الغالب[5]، ويؤسس أنصاره رأيهم على أن الطبيب يتفق مع المريض على علاجه مقابل أجر معلوم، والعلاج هنا هو عمل مادي، كما هو في عقد المقاولة.

---

(1) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ف84، ص106 وما بعدها.

(2) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف18 ص11.

(3) سافاتيه، مطول القانون الطبي، ف238.

(4) ينطبق الكلام نفسه على عقد إجارة الأشخاص ولمزيد من التفاصيل، راجع: د. حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص95؛ نفس المعنى، د. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، المرجع السابق، ف128 ص224.

(5) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ج7، المرجع السابق، ص18؛ قارن: أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، نظراته السابقة، ف20 ص12 و13 والمراجع التي أشار إليها؛ د. الأبراشي، المرجع السابق، ص97 و98.

ولكن، يتميز عقد العلاج الطبي عن عقد المقاولة بكون الطبيب أو الجراح يلتزم بمقتضى هذا العقد التزاماً ببذل عناية، في علاج المريض لا ضمان شفائه، وفي هذه الحالة يستحق الطبيب الأجر سواء شفي المريض أم لم يشف.

ومن خصائصه المتميزة الأخرى، أن شخصية الطبيب محل اعتبار، حيث ينتهي العقد بوفاته، وأنه عقد غير لازم، لكلا الطرفين حق الرجوع عنه.

ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى تبريرات أخرى، منها، أن الطبيب في علاقته مع مريضه يزاول مهنته – كالمقاول – على وجه الاستقلال من الناحيتين التنظيمية والإدارية، لا يتلقى تعليمات أو أوامر من المريض في مقابل الأجر الذي يدفعه هذا الأخير. وللطبيب الحرية في اختيار مساعديه الذين يشتغلون بموجب إمرته وإدارته في أكثر الحالات، ويختار بحرية تامة مكان وزمان عمله.

لم يسلم هذا الاتجاه من النقد، حيث وجهت له انتقادات جوهرية أبرزها اختلاف طبيعة التزام الطبيب الذي ينجم عن العقد الطبي عن التزام المقاول الذي ينشأ عن عقد المقاولة؛ حيث إن التزام الطبيب – على الرغم من تبريرات أنصار عقد المقاولة – هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية، وهذا الالتزام هو مظهر من المظاهر الجوهرية في تحديد مسؤولية الطبيب تجاه المرضى[1].

أما المقاول، فإنه – في الغالب – يقع على كاهله التزام بتحقيق غاية، وليس التزاماً ببذل عناية، فالالتزام الذي يتعهد به المقاول تتحدد غايته بتحقيق أداء وإنجاز معين بذاته ومحدد في شكله النهائي[2].

ونضيف، بأن التزام المقاول يرد على أشياء جامدة غير حية، في حين أن التزام الطبيب أو الجراح يرد على الجسم البشري، وهو كائن حي. فضلاً عن أن الأصل في فن وعمل الطبيب أن يقوم به بذاته، لا يجوز له أن يحيل مريضه إلى طبيب آخر ليقوم بعلاجه بدلاً منه، وأن من الصعوبة بمكان إجازة ذلك لأن الاعتبارات الشخصية تلعب دورها في هذا الميدان. أما فيما يتعلق بعقد المقاومة فإنه من السهولة بمكان أن يحيل المقاول عمله إلى مقاول آخر ليؤديه بدلاً عنه (ما لم يتفق على خلاف ذلك)، وأنه من الناحية الواقعية، ففي كثير من الحالات يحصل المقاول على المقاولة ثم يحيلها إلى مقاول آخر ليقوم بها بدلاً عنه من الباطن، وهذا الإحلال يفضي إلى إثارة مشاكل كثيرة تتعلق بعلاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن، وعلاقة الأصلي والثانوي برب العمل؛ ومثل هذه العلاقات غير متوفرة في نطاق عقد العلاج الطبي.

---

(1) د. محمد عادل عبدالرحمن، المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 1985، ص48.

(2) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف87 ص110،

ومن ناحية أخرى إن الاعتبار الشخصي في جانب اختيار الطبيب يؤدي إلى انقضاء عقد العلاج الطبي بوفاة هذا الطبيب وفي هذه الحالة لا يجوز إجبار ورثة الطبيب المتوفى على الوفاء بالالتزام الذي بذمته، وإذا توفي المريض ينقضي التزام الطبيب المترتب على عاتقه والمتعلق بالعلاج أو التداخل الجراحي، ويلتزم ورثة المتوفى، في حدود التركة، بالوفاء بأتعاب الطبيب المتفق عليها في عقد العلاج.

أما بالنسبة لعقد المقاولة فإن وفاة رب العمل لا تنهي العقد بل يلتزم المقاول بإتمام العمل وتحقيق الغاية المتفق عليها في مواجهة ورثة رب العمل، أما إذا توفي المقاول فإن ورثته بإمكانهم إتمام العمل وتحقيق الغاية الملتزم بها مورثهم لأن الاعتبار الشخصي لا يؤخذ بعين الاعتبار بالقدر الذي يؤخذ به في عقد العلاج الطبي.

ومن ناحية أخرى فإن بعض الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة والتي يتحملها المقاول من الصعوبة بمكان تصورها في عقد العلاج الطبي، كالالتزام بتحقيق العمل المتفق عليه أو تسليم المشروع الذي يتم إنجازه في وقت محدد في الاتفاق، أو الالتزام بتسليم الموقع للمقاول، فهذه الالتزامات يتضح فيها المعنى المادي لأشياء حسية من الجمادات لا تنسجم ولا تتلاءم ولا تتوافق مع طبيعة وموضوع عقد العلاج الطبي، ذلك أن أحد الأطراف المتعاقدة في هذا العقد الطبي هو شخص طبيعي يرد العمل الطبي على سلامته الصحية والبدنية. ولا يقدم الطبيب المعالج لمريضه شيئاً على ما سمعه، بل يلتزم هذا الطبيب في مواجهة مريضه بالعناية اليقظة والحريصة المنسجمة مع الأصول العلمية الطبية المهنية السليمة، وهذا التزام يتعلق بنشاطه الطبي لا بما يحققه من نتائج. ناهيك عن أن المقاول على العكس من الطبيب يزاول نشاطاً تجارياً.

ورغم ذلك، ومع قناعتنا بأن مهنة الطبيب لا تتفق، بل تتعارض مع عقد المقاولة إلا أنه ينبغي علينا ملاحظة بعض أوجه النشاط الخاصة ببعض فروع الطب، يمكن أن تتشابه بل تختلف فيها مهنة الطبيب بعقد المقاولة لا يفصلهما عن بعضهما إلا خيط رفيع، ومن ذلك الحالات المحددة والمعينة بذاتها وهي الأعمال المختبرية (التحاليل الطبية) والتزام مصرف الدم ونقله ونقل الأمصال والتركيبات الصناعية الأخرى (كعمل طقم الأسنان والأطراف الصناعية) والأدوات والأجهزة الطبية؛ فطبيب الأسنان الذي يتعاقد على صناعة أسنان صناعية، وطبيب الكسور (المجبر) الذي يتعاقد على صناعة طرف صناعي .. إلخ، ففي مثل هذه الحالات، يسخر الطبيب الوسائل التقنية لتحقيق نتيجة معينة بالذات على شكل مقاولة؛ ومسؤولية الطبيب كمقاول في هذه الحالات المحددة تتخذ مظهراً هاماً هو أن الطبيب (المقاول) يضمن النتيجة التي تعهد بها[1].

---

(1) لي تورنو، المسؤولية المدنية، ط1982، ف1406 وما بعدها.

بيد أن هذه الحالات لا يمكن تعميمها خاصة وأن نصوص مواد القانون المدني الفرنسي التي تعالج عقد المقاولة (المواد 1787 و1788 و1789 و1790 و1791 و1792) من الصعوبة بمكان تطبيقها على عقد العلاج الطبي ذلك أن هذه النصوص أو فحواها تتعلق بموضوع أشياء قبل تسليمها، فهي تتكلم عن تسليم العمل أو عن عيب الصناعة[1]، وكذلك الأمر عند نصوص مواد القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي الخاصة بعقد المقاولة.

وفضلاً عما تقدم فإن عقد المقاولة مبناه العامل الاقتصادي، فالنشاط في عقد المقاولة مختلف تماماً عن النشاط في عقد العلاج الطبي. ولهذا ينبغي أن يخرج عقد العلاج الطبي من نطاق العقود المسماة التقليدية، ويجب أن تخصص له أصول وقواعد والتزامات قانونية تتوافق مع طبيعة وخصائص هذا العقد، وذلك لتمييزه عن العقود التقليدية ذات الخصائص والطبيعة الاقتصادية[2].

لذلك، لا يمكن أن يوصف عقد العلاج الطبي بأنه عقد مقاولة - رغم رفعة مقام الفقهاء - الذين وصفوه بهذا الوصف.

ولهذا كان السؤال حول ما إذا كان من الممكن اعتبار عقد العلاج الطبي من العقود غير المسماة التي لم تنظم قانوناً. فهل من الممكن أن يوصف العقد الطبي بأنه عقد غير مسمى؟ وهل هو عقد إذعان بالنسبة للمستشفيات العامة؟ وهل هو عقد مستمر يقاس بالزمن ويعتبر الزمن عنصراً جوهرياً فيه؟ وهل أن عقد العلاج عقد ملزم للجانبين؟ وهل تشترط فيه شكلية معينة؟ وما هو التكييف القانوني الملائم له في الفقه الحديث؟ هذا هو موضوع الفرع الثاني من هذا البحث.

الفرع الثاني: عقد العلاج الطبي عقد غير مسمى

يختلف عقد العلاج الطبي كل الاختلاف عن العقود التقليدية المسماة التي نظمها المشرع تنظيماً خاصاً والتي ناقشناها في الصفحات السابقة نقاشاً مستفيضاً وأشبعناها بحثاً. بقي أن نناقش مدى سلامة تصنيف عقد العلاج الطبي واعتباره عقداً غير مسمى[3].

---

(1) ميشيل ني M.Ney، مسؤولية الأطباء، لوزان 1979، ص40 وما بعدها.

(2) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف89 ص115.

(3) إن من الثابت والمستقر فقهياً وتشريعياً وقضاء أن العقود تنقسم على عقود مسماة وعقود غير مسماة والعقود المسماة هي العقود التي نظمتها النصوص مواد القانون تنظيماً خاصاً. والعقود غير المسماة هي العقود التي لم تنظم قانوناً، بل ترك المشرع أمرها إلى مبادئ القانون العامة ونظريات الالتزام وأحكام الفقه والقضاء في هذا الإطار، يراجع: د. إسماعيل غانم، مصادر الالتزام، القاهرة 1966، ص53 و54.

وقد لاحظنا سابقاً عدم كفاية التكييف القانون المقترح لعقد العلاج الطبي ضمن تصنيف العقود المسماة، وكذلك لاحظنا الفشل الواضح على التكييفات السابقة، رغم رفيع مقام الفقهاء القائلين بتلك التكييفات. وقد حاولنا التدقيق في الخصائص السابقة ووجدنا هناك نفرة وتعارضاً واضحاً بين عقد العلاج الطبي والعقود التقليدية التي نظمها المشرع ونعتها بتسميات خاصة.

فهل يجوز لنا أن ندرج العقد الطبي في إطار أحد العقود المسماة المعروفة في القانون المدني بعد أن رأينا خصائصها وطبيعتها في التكييفات السابقة.

العقد الطبي ـ كما أسلفنا ـ يلقي على عاتق الطبيب المعالج التزاماً بعمل هو العناية بالمريض عناية دقيقة جديدة متبصرة، ويضع على عاتق المريض التزاماً بدفع أتعاب الطبيب المتفق عليها مع الطبيعة في العقد المبرم بينما، كما يضع على عاتق المريض التزاماً آخر وهو اتباع أوامر الطبيب وتعليماته وتوجيهاته وإرشاداته وعلى هذا النحو يمكن لنا تحديد مكان عقد العلاج الطبي من بين العقود المعروفة على مستوى القانون المدني.

هنالك تصور أشار إلى أن عقد العلاج الطبي هو عقد غير مسمى يتميز بعدة خصائص أشار له الأستاذ سافاتيه في مطولة عن القانون الطبي هي[1]:

1- أن عقد العلاج الطبي قائم على الاعتبار الشخصي، لأن مهنة الطب باعتبارها مهنة حرة تعتمد على الثقة بين القائم بعمل العلاج الطبي والمريض، فالمريض يضع ثقته بطبيب معين يختاره لثقته في قدرته وأمانته وإخلاصه وحرصه وتفانيه في تقديمه العلاج الطبي.

2- أن عقد العلاج الطبي من العقود الملزمة للجانبين وهو من عقود المعاوضة، حيث إن الالتزامات الناشئة عنه متقابلة، فالتزامات الطبيب المعالج تجد سببها في التزامات الطرف الآخر وهو المريض طالب العلاج، فالطبيب ملزم بتقديم العلاج أو إجراء التداخل الجراحي، والمريض ملزم في المقابل بدفع الأجور النقدية أو المالية، وفي بعض الحالات النادرة قد يقدم الطبيب المعالج العلاج بدون مقابل، وفي مثل هذه الحالة نكون أمام عقد من عقود التبرع.

3- أن عقد العلاج الطبي هو عقد مدني، لأن ممارسة العمل الطبي هو لا شك ممارسة لمهنة حرة، وهو ما يحول دون العمل الطبي والصفة التجارية، ويستوي

(1) الأستاذ سافاتيه، مطول القانون الطبي، المرجع السابق، ص212 و213 و214.

في ذلك أن يمارس الطبيب عمله في منشأة فردية خاصة لحسابه الخاص أو في مستشفى عام أو خاص.

4- أن عقد العلاج الطبي لا يرتب التزامات بتحقيق غاية، بل يرتب التزامات ببذل عناية، وتأسيساً على ذلك فإنه ينبغي على المريض المتضرر أو ورثته، في حالة انتقاله إلى الدار الآخرة، عند إقامة الدعوة على الطبيب المعالج الذي اقترف خطأ أثناء العلاج أن يقيم أو يقيموا الدليل على خطأ هذا الطبيب.

5- أن عقد العلاج الطبي من العقود غير اللازمة حيث إنه قابل للانقضاء في كل وقت سواء أكان هذا الانقضاء من جانب المريض أم من جانب الطبيب، وهذا مظهر من مظاهر الثقة اللازمة في العلاج الطبي، فالمريض من حقه أن ينهي هذا العقد إذا فقد ثقته في الطبيب الذي يعالجه، ومن جانب آخر الطبيب المعالج يجوز له أن ينهي علاقته بالمريض الذي يشرف على علاجه، ولكن بشرط عدم الإضرار بهذا المريض وهو أي الطبيب مقيد تقييداً شديداً بما تفرضه عليه أصول وواجبات المهنة من قيود.

هذه هي أهم خصائص عقد العلاج الطبي، وقد علق الأستاذ كورنبروبست على قضية تكييف عقد العلاج الطبي قائلاً بأن هذه المسألة لم تجد لها حتى اليوم موقعاً محدداً في إطار التكييفات القائمة، وأن الحقيقة الأساسية المسلم بها هو أن هناك عقداً طبياً، وأن هذا العقد له قواعده الخاصة التي تم استخلاصها شيئاً فشيئاً عبر الأحكام القضائية والمناقشات الفقهية المستفيضة ولا يجوز أن نذهب أبعد من هذا[1].

والواقع أن عقد العلاج الطبي هو عقد غير مسمى، ومن نوع خاص، فهو عقد قائم بذاته، لأنه يقوم على خصائص لا تخضع لنظام معين ومحدد، ولا يتوافق مع العقود المسماة التي نظمها المشرع، وإن كانت له بعض الخصائص التي تمت بصلة إلى بعض العقود المسماة المعروفة في القانون المدني، وخاصة عقد المقاومة، ومع التسليم بنظرية المسؤولية التعاقدية فلا بد من استخراج بعض قواعدها على أساس عقد خاص غير مسمى[2].

وانسجاماً مع ما تقدم، نرى أن عقد العلاج الطبي، المبرم بين الطبيب والمريض، عقد يتصف بخصوصية معينة تعلن عنها طبيعة العلاقة بينهما ذلك أن هذه العلاقة تسودها الثقة المتبادلة بين الطرفين المتعاقدين، لهذا نرى أن هذا العقد هو عقد قائم بذاته ومن نوع وطبيعة خاصتين ومميزتين عن بقية العقود المسماة ويحتاج إلى تنظيم خاص وقواعد وأسس واعتبارات خاصة لأنه ينظم علاقات وروابط خاصة.

---

(1) كورنبروبست، مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ص857.

(2) خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، المرجع السابق، ص161 و162.

المبحث الثاني
تكوين عقد العلاج الطبي

بحثنا في المبحث الأول تكييف عقد العلاج الطبي، وقلنا إنه عقد يتصف بخصوصية معينة تعلن عنها طبيعة العلاقة بين الطبيب ومريضه، فهو عقد قائم بذاته إذاً؛ وعقد العلاج الطبي كغيره من العقود يقوم على أركان وشروط، بتخلفها يصبح العقد باطلاً، إذ يقوم هذا العقد على اتحاد إرادتين على إنشاء التزام أو أكثر؛ وبعبارة أخرى، أن بناء وإنشاء عقد العلاج الطبي يستلزم وجود إرادتين متوافقتين ومتطابقتين، وهو ما يعبر عنه بالتراضي، وتتجه هاتان الإرادتان المتوافقتان والمتطابقتان على إنشاء التزامات معينة ومحددة، وهو ما يعبر عنه بموضوع أو محل عقد العلاج الطبي، وأخيراً يتعين أن يكون الباعث الدافع من وراء عقد العلاج غير مخالف للنظام العام أو الآداب، وبمعنى آخر أن يكون الباعث الدافع على هذا العقد مشروعاً، وهو ما يعبر عنه بسبب عقد العلاج الطبي.

ويتميز عقد العلاج الطبي عن بقية العقود الكثيرة الأخرى من وجهتين: الأولى ـ أن الأصل في هذا الالتزام المتمخض عن هذا العقد والذي يفرض على عاتق الطبيب أو الجراح أنه التزام ببذل العناية الواجبة والمتبصرة وليس التزاماً بتحقيق غاية؛ والثاني ـ أن عقد العلاج الطبي يقوم على أساس اعتبارات الثقة البحتة، ويعبر أهل الفقه الفرنسي عن هذه الثقة المحضة بالعبارة التالية: ((طب بدون ثقة هو طب بدون أمل)). ونتيجة لهذه الثقة المحضة التي يقوم عليها عقد العلاج الطبي أجمع شراح القانون المدني الفرنسي المعاصرون على قيام الالتزام بالإدلاء بالبيانات والمعلومات للمريض على عاتق الطبيب عند إبرام عقد العلاج الطبي، وقبل بدء الطبيب بإجراء التدخل العلاجي أو الجراحي للمريض[1]؛ ولهذا سوف نقسم هذا المبحث إلى فرعين، نعقد الفرع الأول لدراسة مرحلة ما قبل التعاقد، وهي المرحلة التي تتضمن التزام الطبيب أو الجراح بالإفضاء بالمعلومات والبيانات للمريض، ونخص الفرع الثاني لبحث التراضي في عقد العلاج الطبي[2].

---

(1) د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، القاهرة 1986، ص83.

(2) لم نجد في ركني المحل والسبب في نطاق عقد العلاج الطبي من جديد يستحق البحث والنقاش، لهذا قصرنا هذا الفرع على ركن التراضي، ونحيل فيما يتعلق بالمحل والسبب إلى القواعد العامة.

الفرع الأول: مرحلة ما قبل التعاقد

تبين لنا فيما سبق أن الرابطة الناشئة عن عقد العلاج الطبي المبرم بين الطبيب والمريض هي علاقة عقدية وهذه العلاقة تلقي على عاتق الطبيب، عند ممارسته لمهنته في إجراء العلاجات والعمليات الجراحية ووصفه للعلاج، التزاماً ببذل عناية. ولكن الالتزام ببذل العناية الواجبة والمطلوبة يتميز عن التزام آخر يفرض على عاتق الطبيب ليس بمقتضى قواعد عقد العلاج المبرم بين الطبيب والمريض بل ينهض هذا التزام قبل إبرام العقد الطبي، وهذا الالتزام هو من مستلزمات إبرام عقد العلاج، وهذا الالتزام الأخير هو نتيجة لما يتميز به عقد العلاج الطبي من اعتبارات الثقة البحتة[1]. فالطبيب ملزم تجاه المريض بالإدلاء بالمعلومات وهذا الالتزام يسمى ((الالتزام بالإفضاء بالمعلومات للمريض)) [2].

وإذا كان الالتزام بالإدلاء بالمعلومات للمريض يفرض على عاتق الطبيب كما يفرض الالتزام ببذل العناية الواجبة والمطلوبة، إلا أن الالتزام الأول يتميز عن الالتزام الثاني من عدة وجوه وهي:

أولاً: من حيث طبيعة الالتزام

يتميز الالتزام بالإدلاء بالمعلومات للمريض عن الالتزام ببذل العناية ـ كما يقول الأستاذ دول Doll[3] بأن الالتزام ببذل العناية اليقظة والحريصة والتي تفرض على عاتق الطبيب عند مزاولته لمهنته في وصف وإجراء العلاجات والجراحة الطبية للمريض تعتبر من الالتزامات التعاقدية المتمخضة عن عقد العلاج الطبي ومرتبطة بتنفيذه، في حين أن الالتزام بالإدلاء بالمعلومات للمريض الذي يقع على عاتق الطبيب هو التزام سابق على وجود العقد[4].

وهذا الالتزام ينشأ أثناء عملية إبرام العقد ذاته، ويتوقف عليه رضاء المريض في وصف وإجراء العلاج أو إجراء العملية الجراحية المبتغاة، وبعبارة أخرى، يتوقف إبرام

(1) رينيه سافاتيه، شرح القانون الطبي، باريس 1956، ص211.

(2) نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، 1982، ص200.

(3) اليس Aliss، الالتزام بالإدلاء بالبيانات في العقود، باريس 1975، ف114، ص99. نقلاً عن د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص86.

(4) د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص87 بالإشارة إلى دول Doll، التطبيقات الحديثة لالتزام الطبيب بالإفضاء بالمعلومات، جازيت دي باليه، 1972، ص429.

عقد العلاج الطبي على هذا الالتزام، فالمريض يقبل أو يرفض إجراء العلاج أو العملية الجراحية بعد إفضاء الطبيب أو إدلائه بالمعلومات[1].

ويضيف الأستاذ دول Doll ((إن الالتزام بالإدلاء بالمعلومات للمريض الذي يقع على التدخل العلاجي أو الجراحي، حكم لمحكمة استئناف ((ليون)) تتلخص وقائعه بأن قام طبيب نفساني بإجراء علاجات لامرأة مصابة بحالة انهيار عصبي، وقد استخدم الطبيب الصدمات الكهربائية دون أن يبين لها الآثار الجانبية والأضرار الناتجة عن هذا العلاج مما أدى إلى إصابة المريضة بكسور في عضدها، وعند عرض القضية على محكمة استئناف ليون قررت هذه المحكمة مؤكدة في قرارها بأن يلتزم الطبيب قبل التدخل العلاجي أو الجراحي بأن يفضي للمريض بالمعلومات الخاصة بإجراء العلاج بكافة ظروفه ونتائجه وأخذ رضا المريض الحر والمستنير))[2].

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتقرير الالتزام بإعلام المريض على عاتق الطبيب والتأكيد على الصفة السابقة على عقد العلاج الطبي بهذا الالتزام وكذلك التمييز بينه وبين الالتزام ببذل العناية الواجبة عليه أثناء ممارسة مهنته في إجراء العلاج أو العملية الجراحية للمريض[3].

ويلاحظ أنه بالرغم من الاختلاف البيّن بين الالتزام بإعلام المريض بالمعلومات الذي يقع على عاتق الطبيب باعتباره التزاماً سابقاً على وجود عقد العلاج الطبي، وبين الالتزام ببذل العناية الواجبة والمطلوبة والذي يفرض على عاتق الطبيب أثناء مباشرته للنشاط العلاجي الفعلي للمريض، فإن الطبيعة قبل التعاقدية للالتزام بالإفضاء بالمعلومات للمريض الذي يقع على عاتق الطبيب لا تجعله منفصلاً عن عقد العلاج الطبي، بل إنه في الحقيقة والواقع التزام متمخض عن عقد العلاج الطبي ذاته أثناء تكوينه[4].

ثانياً: من حيث مدى الالتزام

إن التزام الطبيب بالإدلاء بالمعلومات للمريض ليس التزاماً مطلقاً بدون حدود في جميع الفروض، لأنه إذا فرضنا على الطبيب أن يدلي لمريضه بالأساليب العلمية التي بواسطتها توصل إلى تشخيص معين للداء الذي يعاني منه المريض، ومبررات كل علاج

---

(1) د. محمد السعيد رشيد، عقد العلاج الطبي، المرجع الساق، ص87؛ د. نزيه محمد الصنادق المهدي، المرجع السابق، ص200.

(2) حكم محكمة استئناف لين في 21 نوفمبر 1958، دالوز عام 1959، ص2053.

(3) نقض مدني فرنسي في 17 نوفمبر 1969، جازيت دي بالي، عام 1970 ـ 1 ـ 49 اشار إليه د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص88.

(4) د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص89.

يصفه، وكافة المخاطر المحتملة التي يتعرض لها المريض، فإنه من الصعوبة بمكان ـ إن لم يكن من المستحيل ـ أن يتمكن الطبيب من ممارسة نشاطه الطبي في إجراء العمل العلاجي أو الجراحي[1]، لذلك فإنه يكفي أن يخبر الطبيب مريضه بمعلومات كافية عن واقع الموقف وحقيقته لكي تساعده هذه المعلومات على اتخاذ قرار سليم لموافقته على إجراء العلاج من عدمه بحيث ينحصر الالتزام بالإفضاء بالمعلومات من ناحية، ومن ناحية أخرى في المخاطر المحتملة والنتائج المتوقعة عادة[2].

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي عن مدى الالتزام بالإفضاء بالمعلومات والبيانات الذي يقع على عاتق الطبيب ما قررته محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها ((أن الذي يتحكم في كم ونوع هذه المعلومات هو الهدف من هذا الالتزام وهو إعطاء المريض فكرة واضحة وصحيحة ودقيقة عن واقع حالته الصحية لكي يتمكن من اتخاذ قراره في قبول أو عدم قبول الإجراء العلاجي أو العملية الجراحية المطلوب إجراؤها له[3]؛ وفي قرار آخر قضت هذه المحكمة بعدم إخلال الطبيب بالتزامه بالإدلاء بالبيانات والمعلومات بخصوص علاج مريض بأشعة الراديوم ما دام قد أعلمه قبل العلاج بكل المخاطر المحتملة والأضرار المتوقعة المتمخضة عن إجراء مثل هذا العلاج[4].

ثالثاً: من حيث معيار الالتزام

يتوقف معيار التزام الطبيب بالإدلاء بالمعلومات والبيانات للمريض، أساساً على أمرين: الأول ـ طبيعة التدخل العلاجي أو الجراحي المطلوب ومدى حاجة المريض لهذا التدخل في هذه الظروف.

والثاني ـ حالة المريض الصحية والنفسية وظروفه ومدى تقبله لفهم واستيعاب وإدراك البيانات والمعلومات التي يخبره بها الطبيب[5]. ويضاف إلى ذلك أن معيار الالتزام بالإدلاء بالبيانات والمعلومات الذي يقع على عاتق الطبيب أمر نسبي يتوقف أساساً على نوع المرض وطبيعة التدخل العلاجي أو الجراحي المطلوب إجراؤه والظروف المحيطة بالعلاج أو العملية الجراحية المطلوب إجراؤهما؛ بحيث إن مسؤولية الطبيب المتمخضة عن إخلاله بالتزامه بإعلام المريض بالبيانات والمعلومات الخاصة بمرضه يتعين أن

---

(1) رينيه سافاتيه، شرح القانون الطبي، المرجع السابق، ف251، ص228.

(2) اليس Aliss، الالتزام بالإدلاء بالبيانات في العقود، المراجع السابق، ف115، ص100؛ د. نزيه محمد صادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد، المرجع السابق، ص221.

(3) نقض مدني فرنسي في 14 فبراير 1973، جازيت دي باليه، عام 1973 ـ 2 ـ 341 تعليق الأستاذ دول.

(4) نقض مدني فرنسي في 23 مايو 1973، جازت دي باليه عام 1973 ـ 2 ـ 885.

(5) الأستاذ دول Doll، التطبيقات القضائية الحديثة لالتزام الطبيب بالإدلاء بالمعلومات المرجع المشار إليه سابقاً، ص429.

يراعي عند تحديدها جميع الظروف وملابسات التدخل العلاجي أو الجراحي المراد إجراؤه ومدى حتميته إلى غير ذلك من الأسس والاعتبارات الأخرى الهامة والمتعلقة بمعيار ذلك الالتزام(1).

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي لمعيار التزام الطبيب بإعلام المريض بالبيانات والمعلومات ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في حالة إجراء العمليات الجراحية، من أنه يتعين على الطبيب أن يبين للمريض بصدق وأمانة مدى احتياجه لإجراء العملية الجراحية وهل يوجد علاج بديل لهذه العملية المطلوبة؟ وهل يمكن استغناء المريض عن هذه العملية بعلاج طويل الأمد(2)؟ وفي حكم آخر قضت هذه المحكمة أنه يتعين على وجه الدقة أن يبين الطبيب للمريض المخاطر المحتملة والأضرار المتوقعة الناتجة عن العملية الجراحية المطلوب إجراؤها سواء أثناء إجرائها أو ما قد يتخلف عنها من آثار ونتائج جانبية بحيث يكون رضا المريض بإجرائها رضاءً سليماً واعياً بالمعلومات المدلى بها من قِبَل الطبيب المعالج(3). وفي حكم آخر قضت هذه المحكمة أنه: إذا كان التدخل العلاجي أو القيام بالعملية الجراحية يمكن أن يتم بإحدى طرق متعددة تعين على الطبيب بيانها للمريض مع تبصيره بالمخاطر والآثار الناتجة عن كل واحدة من هذه الطرق والأساليب المتعددة، لكي يتمكن المريض اختيار أنسب وأفضل هذه الطرق أو هذا الأسلوب حسب توجيه الطبيب وتنويره للمريض بظروف وآثار هذه الطرقة أو هذا الأسلوب(4).

رابعاً: من حيث نطاق الالتزام

إن التزام الطبيب بالإدلاء للمريض بالبيانات والمعلومات لا يقوم في كافة تطبيقات عقد العلاج الطبي، بل ترد عليه بعض الاستثناءات التي تستلزمها ظروف المهنة الطبية وحالة المريض الصحية والنفسية، حيث تنص المادة 34 من تقنين العلاج الطبي الفرنسي على أن الطبيب يستطيع الامتناع عن الإدلاء للمريض بحقيقة وواقع حالته الصحية أو بالعملية الجراحية المطلوب إجراؤها إذا كان في هذا الإدلاء خطورة على المريض(5) أو كانت حالة المريض لا تسمح للطبيب بالانتظار للحصول على موافقته(6).

(1) رينيه سافاتيه، شرح القانون الطبي، المرجع السابق، ف282؛ اليس Aliss، الالتزام بالإدلاء بالبيانات في العقود، ف117، ص102.

(2) نقض مدني فرنسي في 17 نوفمبر 1969، جازت دي باليه عام 197 ـ 1 ـ 49.

(3) نقض مدني فرنسي في 5 مارس 1974، نشرة أحكام محكمة النقض الفرنسية، ج1، ف74، ص63.

(4) عرائض في 28 يناير 1942، دالوز عام 1942، ص63.

(5) د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص93؛ د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي، المرجع السابق، ص223، والمراجع المشار إليها في الهامش رقم 99.

(6) اليس Aliss، الالتزام بالإدلاء بالبيانات في العقود، المرجع السابق، ف119 ص103.

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي على هذا الاستثناء ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بأن المريض المصاب في حادث بثقبين نافذين في عظام الرأس نتج عنهما ارتجاج بالمخ ويحتاج لعملية سريعة، لا يمكن الادعاء بمسؤولية الطبيب عن الإخلال بالالتزام بالإفضاء بالمعلومات وبالحصول على رضا المريض قبل إجراء التدخل الجراحي لأن اعتبارات الاستعجال تعفيه من الالتزام بالإدلاء بالمعلومات للمريض في مثل هذه الحالة[1].

نخلص مما تقدم إلى أنه من المسلم به فقهاً وقضاءً وجود رابطة عقدية تربط الطبيب بالمرض وأنه لا مندوحة لنكران هذه العلاقة العقدية بحيث أصبح الآن من غير الممكن التشكيك في أمر هذه الرابطة العقدية، فإنه أصبح من المسلم به لدى الفقه والقضاء وجود التزام يقع على عاتق الطبيب بالإدلاء بالبيانات والمعلومات للمريض، وأن هذه المعلومات تأخذ بنظر الاعتبار حالة المريض الصحية والنفسية ومدى اقتضاء التدخل العلاجي أو الجراحي المطلوب إجراؤه ومخاطره ونتائجه وآثاره الجانبية المحتملة والمتوقعة، وهذا الالتزام وإن كان سابقاً على وجود عقد العلاج الطبي، فإن ذلك لا يمنع - في واقع الأمر - أنه التزام يفرضه هذا العقد نفسه، بحيث إذا أخلّ الطبيب أو الجراح به نهضت مسؤوليته العقدية، وكأن الخطأ نتج عن إخلاله بالتزامه الناشئ عن عقد العلاج الطبي[2].

الفرع الثاني: التراضي في عقد العلاج الطبي

يقصد بالتراضي أو الرضا تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، فالتراضي يفترض إعلاناً عن إرادة، وإعلاناً عن إرادة أخرى مقابلة، واتحاداً بين هاتين الإرادتين[3]؛ والتراضي ركن انعقاد لا يتم العقد بدونه، ولكن إذا كان التراضي يلزم ويكفي، كقاعدة عامة، لانعقاد العقد، فإنه ينبغي أن يكون هذا التراضي صحيحاً، بأن يكون صادراً عن ذي أهلية وأن تكون إرادة كل من طرفي العقد سليمة غير مشوبة بأي عيب يؤثر في صحتها[4].

والتراضي يجب أن يصدر من كلا الطرفين وهما الطبيب والمريض؛ عليه نقسم هذا الفرع إلى مطلبين نعقد الأول لبحث رضا الطبيب ونخصص الثاني لرضا المريض.

---

(1) محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص94 بالإشارة إلى د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي، المرجع السابق، ص224.

(2) د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص94.

(3) أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، أصول الالتزامات، بغداد 1970، ف30، ص34.

(4) أستاذنا المغفور له الدكتور غني حسون طه، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف173، ص89.

المطلب الأول: رضا الطبيب

هل يحق للطبيب أن يرفض علاج المريض الذي يتقدم إليه ويطلب معالجته؟

يتبع توفر العلاقة العقدية بين الطبيب ومريضه أن يصبح الطبيب حراً، من حيث المبدأ، في أن يختار مرضاه ويتعاقد معهم، وبناءً عليه يضحي له الحق في رضا التعاقد مع مريض معين أياً كان الباعث وراء هذا الرفض؛ وهذه القاعدة ما هي إلا تطبيق لمبدأ حرية الفرد في اختيار من يتعاقد معهم، فما دام للمريض الحق والحرية في اختيار الطبيب الذي يعالجه، فإنه يصبح من حق الطبيب أن يختار المريض الذي يتعاقد معه لوصف وإجراء التدخل العلاجي أو الجراحي له[1]. كان هذا هو الاتجاه السائد في رحاب المذهب الحر، ذلك أن أصحاب الفقه والقضاء يعتبرون الطبيب كغيره من الناس له كامل الحرية في ممارسته لمهنته وبالأسلوب الذي يروق له، إذ له الحق في قبول أو رفض الدعوة للعلاج، ولا يلتزم بإجابة طلب المريض.

غير أن ظهور وانتشار الاتجاهات الحديثة في نسبية الحقوق ووظيفتها الاجتماعية كان له الأثر الأعلى والفعال في الحد والتقييد من تلك الحرية المطلقة، فهناك واجب إنساني وأدبي على الطبيب تجاه المرضى والمجتمع الذي يعيش فيه تفرضه عليه أصول ومستلزمات المهنة الطبية.

ولكن هذا لا يعني وجود إلزام على الطبيب بقبول علاج كل من يطلب منه ذلك. ويبدو هذا الالتزام واضحاً في الفروض التي يكون فيها الطبيب في مركز المحتكر، وبعبارة أخرى أنه في الظروف التي لا يوجد في المكان الذي يتواجد فيه المريض سوى طبيب واحد لإسعاف وعلاج هذا المريض، سواء أكان ذلك راجعاً لمكان وزمان العمل أم للظروف الصعبة الملحة التي وُجد فيها المريض أم لطبيعة عمل الطبيب، وذلك كوجود المريض في مكان ناءٍ ولم يكن هنالك سوى طبيب واحد معين لإنقاذه أو علاجه، أو في ساعة معينة من الزمان لا يوجد فيها غيره، أو وجود المريض في حال خطر يقتضي التدخل السريع والفوري من قِبَل الطبيب الحاضر أو الاختصاصي[2]. ويشكل امتناع الطبيب الإرادي عن إسعاف شخص في حالة خطرة جريمة جنائية في القانون الفرنسي بمقتضى المادة 63 ف2 من القانون الجنائي الفرنسي، ذلك أن التزامات الطبيب ليست مقصورة على عنايته بعلاج المريض الذي يتولى علاجه بل هي تمتد أيضاً إلى إلزام الطبيب أحياناً بتولي العلاج أو الإسعاف على الأقل، وإلى إلزامه

---

(1) محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص96؛ د. عادل عبد إبراهيم، حق الطبيب، المرجع السابق.

(2) منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، الإسكندرية 1989، ص98.

بمواصلة العناية بالمريض وعدم ترك علاجه من غير أن تتوفر له أسباب العلاج عن طريق طبيب آخر[1].

وفيما يتعلق بواجب الطبيب لتلبية نداء المريض وإغاثته أو المبادرة إلى إسعافه أو علاجه ولو دون طلب في حالات الخطر الحال، ثارت الشكوك حول حق الطبيب في الامتناع عن تلبية نداء المريض وبالتالي عن مسؤولية الطبيب عن امتناعه عن علاج المريض في حال خطر، فقيل أول الأمر أن المرء لا يعد مخطئاً إلا إذا أخل بواجب يلزمه به نص قانوني أو نص في العقد وأنه يحق لكل فرد الامتناع عن أي عمل لم يأمره به القانون ولا يعتبر ضمن واجباته بشرط أن لا يسيء استعمال حقه في الامتناع بقصد الإضرار بالغير[2].

بيد أن الرأي الراجح الآن أن مسلك الممتنع يقارن بمسلك الرجل العادي في مثل ظروفه، فإذا كان المريض في حاجة قصوى وسريعة إلى الإسعاف أو العلاج وجب على الطبيب أن يبادر على إسعافه أو علاجه إلى أن يزول عن المريض الخطر أو يتيسر له وجود طبيب آخر يقوم بعلاجه وإلا كان إحجامه أو امتناعه خطأ يوجب مسؤوليته عن الأضرار التي تلحق المريض والمتمخضة عن هذا الامتناع[3].

ولكن السؤال الذي يفرض نفسه هنا هل يجبر الطبيب على التعاقد مع أي مريض يتوجه إليه؟ وهل أن الطبيب يعد في حالة إيجاب دائم موجه للجمهور سواء لوضعه لافتة على عيادته أو لأنه يعد جزءاً أو عضواً في جماعة مهنية، أو لأنه استوفى الإجراءات التي يفرضها القانون الخاص بممارسة المهنة الطبية خاصة وأن أجور الكشف معينة ومحددة في وقتنا الحاضر بالنسبة للأطباء الاختصاصيين والأطباء الممارسين؟ وهل يمكن مساءلة الطبيب مدنياً على أساس التعسف في استعمال حق الامتناع عن التعاقد باعتباره موجهاً دعوة بالتعاقد إلى المرضى؟ وهل يعتبر الطبيب في حالة إيجاب دائم؟ وهل من الضروري النص في القانون المدني على مسؤولية الطبيب الممتنع أم الاكتفاء بالنص الجنائي؟ للإجابة على التساؤلات السابقة نقول: الطبيب كغيره من ذوي المهن الحرة يتمتع بنصيب معين ومحدد من الحرية في مزاولة عمله

---

(1) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2 في الالتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، ط5، مصر الجديدة، 1988، ف152 ص402.

(2) د. حبيب إبراهيم الخليلي، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي، الجزائر، 1979، ف66 ص214؛ الطحان، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، المرجع السابق.

(3) د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف152 ص402؛ د. وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الرابع والخامس، السنة الثانية عشرة، إبريل ومايو سنة 1942، ص422 و423؛ د. حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص246.

الطبي وتتجسد هذه الحرية من حيث المبدأ في حق الطبيب بعدم قبول التعاقد على العلاج مع المرضى الذين يرغبون بالتعاقد لغرض علاجهم وعدم قبول التعاقد من جانب الطبيب قد يستند إلى اعتبارات شخصية أو اعتبارات معينة كأن يكون الطبيب غير متأكد من نجاعة العلاج الذي يطلبه المريض، وحق الطبيب في رفض التعاقد ما هو إلا تطبيق لمبدأ عام في حرية التعاقد، وحرية الإنسان في أن يختار من يرغب التعاقد معهم، وحرية الطبيب فبعدم قبول التعاقد يؤيدها من حيث المبدأ قيام عقد العلاج الطبي على قدر معين من الاعتبارات الشخصية. وعلى قدر هام من الثقة المتبادلة بين الطبيب والمريض، وحيث إن الرأي الثابت والمستقر هو أن من حق المريض اختيار الطبيب، فبالمقابل من حق الطبيب، من حيث المبدأ اختيار مرضاه، وأنه من غير الممكن، إلا في حالات استثنائية، أن يجبر الطبيب على التعامل مع مريض رغماً عن إرادته واختياره، وحيث إن المهنة الطبية هي مهنة إنسانية هدفها الأساس مساعدة المريض وإنقاذ حياته وعلاجه من قسوة الألم وشدته لذلك فإن المهنة الطبّية تعتبر من نوع خاص لا شبيه لها في المهن الحرة الأخرى، إنها ممارسة لفن التطبيب وإنها تبنى على الضمير والأخلاق، وهدفها خدمة الإنسانية، ويكون الطبيب فيها محلاً للثقة التي يضعها فيه المريض، والتي تستوجب احترام كرامة المريض وتقديم أقصى العناية له بصرف النظر عن دينه أو عنصره أو معتقده السياسي. وإن حق المريض في العلاج مقترن بحقه في الحياة، فله الحق في السلامة من الأمراض وهو يحتمي بالطبيب من خلال رابطة تعاقدية متى وافق هذا الطبيب على ذلك، وبناءً على ذلك فإن للطبيب حرية مطلقة في قبول علاج المريض أو بالعكس، وهذا من مخلفات المذاهب الفردية التي تستند إلى مبدأ سلطان الإرادة.

ولكن التساؤل الذي يثور هو هل أن حرية الطبيب بالشكل السابق حرية مطلقة لا حدود لها؟ أم أن هنالك من الاعتبارات والحدود والأنظمة في أكثرية الحالات والفروض، ما يحول أو يحد من هذه الحرية المطلقة ويمنع ممارستها على الوجه الأكمل؟

في الحقيقة أنه نتيجة لانتقاص المذهب الفردي أمام الأفكار القانونية الجديدة، وأمام العدالة الاجتماعية، لم تعد حرية مزاولة المهنة الطبية، كغيرها من الحريات، حرية مطلقة تمارس بتلك الروح الفردية التقليدية التي تخول ذوي المهن الحرة أن يمارسوها أو يمتنعوا عن ممارستها وفق ما يحلو لهم أو يطيب. فالمهنة عموماً ما هي إلا وظيفة اجتماعية ينبغي على صاحبها أن يتوخى فيها روح التضامن الاجتماعي الذي يوجبه تقسيم العمل، ونتيجة لهذه الأفكار الاجتماعية والنسبية الحقوق يمكنهم القول بأن الطب ما هو إلا وظيفة اجتماعية يتعين على الطبيب أن يلتزم بأدائها وفق ما تمليه

مصلحة المجتمع الذي يحيا فيه بصورة خاصة ووفق ما تمليه مصلحة الإنسانية بأسرها بشكل عام. ولا يحق للطبيب أن يمتنع عن تلبية إغاثة أو دعوة المريض، ولا يحق له أن يتخذ ((موقف السكون أو موقف عدم النشاط المجدي))(1) الذي لا يخدم مصلحة المجتمع ولا مصلحة الإنسانية. فإذا كان النظام القانوني قد تأسس وبني أول الأمر على المذهب الفردي الذي يستند على مبدأ سلطان الإرادة فإن التطور الاجتماعي قد هدم البناء القانوني السابق واتجه بالنظام القانوني إلى تقرير فكرة الوظيفة الاجتماعية والتضامن الاجتماعي، ذلك أن القانون ما هو إلا النتاج المطرد الذاتي للوقائع أكثر من كونه من عمل المشرع، ((فمع بقاء التشريعات الوضعية ومجموعاتها سليمة بنصوصها الجامدة فإن أنظمة قانونية جديدة تتكون باطراد بقوة سير الأمور وتحت ضغط الحوادث))(2).

((ومن المتفق عليه في الشريعة الإسلامية أن تعلم فن الطب فرض من فروض الكفاية وواجب على كل شخص لا يسقط عنه إذا قام به غيره، وقد اعتبر تعلم الطب فرضاً لحاجة الجماعة للتطبيب؛ ولأنه ضرورة من الضرورات الاجتماعية التي لا غنى للإنسانية عنها، وإذا كان الغرض من تعلم الطب هو التطبيب وكان تعلم الطب واجباً فيترتب على هذا أن يكون التطبيب واجباً حتمياً على الطبيب لا مفر له من أدائه، على أن التطبيب يعتبر واجباً كفائياً كلما وجد أكثر من طبيب في بلدة واحدة، فإذا لم يوجد إلا واحد فالتطبيب فرض عين عليه أي أنه واجب غير قابل للسقوط))(3).

إذاً على الطبيب واجبات قبل الجميع وليس له من الحقوق غير حقه في القيام بواجبه دائماً، فهناك نظام جديد يتكون في كل المجتمعات، نظام يختلف مدى تقدمه باختلاف الزمان والمكان، نظام قانوني ظهر تدريجياً بقوة سير الأمور وتحت ضغط الحوادث ليحل في صمت محل النظام القانوني القديم رغم إرادة المشرع ودون تدخل منه، وهذا النظام القانوني الجديد ينسخ ببطء فكرة الحق الذاتي المطلق وينتظم فكرة واقعية محضة، هي فكرة الوظيفة الاجتماعية التي تؤسس وتبنى في جوهرها على استبعاد وإنكار الحق الذاتي المطلق المستقل للفرد، بل إن حق الفرد هو حق نسبي ووظيفة اجتماعية محددة يؤديها كل فرد في المجتمع وحاجة معينة يقضيها(4). فالطبيب

---

(1) د. حبيب إبراهيم الخليلي،مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي، المرجع السابق، ف68، ص217.
(2) د. الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص243.
(3) عبدالقادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الجزء الأول، دار الكتاب العربي بيروت، بدون سنة طبع، ف362، ص520.
(4) د. الأبراشي،مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص243.

إذا كان حراً، في ظل مبدأ سلطان الإرادة المنتكص والتقليدي، في أن يرفض إغاثة المريض أو أن يتقبلها وفق ما يطيب ويحلو له فإنه في ظل النظام القانوني الحديث الذي يستند لفكرة الوظيفة الاجتماعية لم يعد لهذه الحرية هذا المعنى المطلق الذي لا حدود ولا رادع له، فالتطبيب وظيفة اجتماعية، وبناءً عليه يفرض على الطبيب واجب اجتماعي يتعين عليه أن يقوم بأدائه ولا يحق له رفض دعوة المريض إذا دعا، لأن النظام القانوني يفرض عليه العمل ويلزمه بأداء الوظيفة الاجتماعية المفروضة عليه، من أجل مصلحة الجميع[1]، فالطبيب له وظيفة اجتماعية يقوم بها وحاجة معينة يؤديها، ولا يحق له الامتناع عن أداء واجبه، لأن إحجامه يتمخض عنه إخلال في النظام القائم ويؤدي هذا الإحجام إلى ضرر اجتماعي يصيب الجميع، ذلك أن أساس الكيان الاجتماعي هو الاحتفاظ بتعاون وتماسك مختلف العناصر الاجتماعية لكي يشد بعضه بعضاً، فالناس للناس من بدو ومن حضر.. بعض لبعض وإن لم يشعروا خدموا[2]. ويفهم من ذلك أنه ليس للطبيب أن يرفض أداء خدماته للمرضى الذين يقصدونه إلا إذا كان هناك مسوغ مشروع، كأن يكون الطبيب غير متخصص بعلاج الداء الذي يشكو منه المريض؛ أما إذا امتنع يكون مسؤولاً على أساس خطأ امتناع عقدي يتجسد بالإخلال في تنفيذ التزامه بالعلاج الناشئ عن عقد العلاج.

ورغم أن هذا الاتجاه منطقي، غير أنه يؤدي في بعض الأحيان إلى نتائج غير مقبولة. ذلك أن الطبيب يبقى ملزماً بالعلاج في جميع الحالات الداخلة في تخصصه وهو ما يسلب الطبيب كل حرية في قبول أو رفض التدخل العلاجي أو الجراحي وأن تقرير فكرة الوظيفة الاجتماعية كوسيلة لتهذيب هذه الحرية من مغالاة الأنانية الفردية لا يصل إلى حد إلغاء حرية الفرد. فضلاً عن أن عقد العلاج الطبي هو عقد من عقود الثقة تلعب فيها الاعتبارات الشخصية دوراً رئيساً لذلك فإنه من الصعوبة بمكان اعتبار العقد مبرماً بمجرد لجوء المريض إلى الطبيب الذي يعتبر في حالة إيجاب دائم، ولا يفوتني أن أذكر أنَّ عنصر الثقة في عقد العلاج الطبي لا يقتصر على ثقة المريض بالطبيب أو بالعكس بل يمتد إلى ثقة الطبيب بعمله وفنه وخبرته وإمكاناته وجرأته على إجراء التدخل العلاجي أو الجراحي لأن الطبيب عندما يقوم بإجراء التدخل

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص243.

(2) ويقول الدكتور الأبراشي في هذا المضمار: فهناك تطور وتحول، تطور مفوض بما تفرضه به الظواهر الطبيعية من قوة وهو وإن أمكن وقفه بعض الوقت أو عرقلة سيره أي أنه لن يلبث أن يتحقق ويتم، فهو النتيجة الطبيعية والحتمية للتطور العام وللفكرة الحديثة عن الحرية التي لا تعتبر حقاً ذاتياً، بل نتيجة للالتزام المفروض على كل شخص بأن يوجه نشاطة نحو القيام بوظيفته حتى يساهم في التضامن الاجتماعي على أكمل الوجوه الممكنة، د. الأبراشي، المرجع السابق، ص244.

الطبي، وبشكل خاص في الحالات المرضية التي تقتضي إجراء تدخل جراحي خطير يحتاج إلى قدر كاف من هذه الثقة، وهذه مسألة شخصية تقتضي ترك تقديرها للطبيب نفسه. لذلك لا يصح اعتبار الطبيب في حالة إيجاب دائم موجه للجمهور وإنما يعتبر في حالة دعوة إلى التعاقد، لأنه فيما عدا الأجور المقررة التشخيص، تكون أجور وشروط العلاج الأخرى غير محددة في أغلب الحالات ويستلزم تحديدها أن يكون هناك حوار ومناقشة بين أطراف عقد العلاج الطبي، ويكون ذلك بصورة خاصة في الحالات التي تقتضي تدخل جراحي أو التردد على الطبيب لفترة معينة من الزمن من أجل التدخل العلاجي، أما الطبيب المحتكر الذي لا يوجد سواه في المدينة التي يقطنها المريض فيتعين اعتباره موجهاً للإيجاب بالتعاقد[1].

والواقع أن حرية التعاقد المبنية على مبدأ سلطان الإرادة، هي في النظر إليها من جانب الطبيب المعالج، حرية من حيث المبدأ، ليس إلا، والعلة في ذلك أن بعض الاعتبارات والقوانين تقيد مفعول هذه الحرية وتوقف المغالاة فيها وتعطل مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي فإن الطبيب لا يستطيع ممارسة حرية التعاقد بالقدر الذي يجعله يتعاقد مع المريض على التدخل العلاجي متى شاء ويرفض التعاقد متى رغب.

وفي الواقع هناك حالات يلزم الطبيب فيها على التعامل مع مريض معين دون أن يكون له حرية الاختيار ويجبر على تطبيب المريض الذي يلجأ إليه طالباً مساعدته وفنه العلاجي وأن الطبيب في الصور التي سنذكرها على الفور ليس له حرية الاختيار في التعاقد مع مريض من عدمه، هذه الحالات هي: الإلزام العقدي والإلزام بمقتضى الأنظمة والتعليمات، والإلزام القانوني والمهني، والإلزام بسبب وجود الطبيب ضمن فريق طبي يقدم خدمة معينة[2].

أولاً: صورة الإلزام العقدي

وهي الصورة التي يلزم فيها الطبيب بمقتضى عقد بعلاج وتطبيب مجموعة غير معينة من المرضى ابتداءً، فالطبيب لا يملك حرية الاختيار للتعاقد مع كل مريض في إطار هذه المجموعة وكذلك لا يملك حق الرفض لأنه ابتداء ألزم نفسه وبإرادته بعلاج أي فرد يتقدم إليه في إطار هذه المجموعة، ففي هذه الحالة يكون الطبيب مجبراً بعلاج مجموعة من المرضى غير محددين ومعينين بالذات، بل من قطاعات مختلفة وبالتالي لا يملك حق رفض أي واحد من هؤلاء؛ وذلك لأنه من الناحية القانونية، أن هذا التعاقد

(1) د. حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص217 ـ 220، والمصادر الأجنبية التي اشار إليها.
(2) د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص96.

يكسب العاملين حقاً مباشراً يمكنهم من مطالبة الطبيب أن يقدم لهم العناية والرعاية الطبيتين اللازمتين كنتيجة مباشرة لهذا التعاقد[1]. فالطبيب إذا أبرم عقداً مع إدارة مستشفى خاص لإجراء التدخل العلاجي أو الجراحي للمرضى الراقدين في هذا المستشفى، فإن عمله يكون لحساب هذا المستشفى، وكذلك الحال لو تعاقد مع منشاة تجارية أو صناعية لتطبيب العمّال الذين يشتغلون لدى هذه المنشأة التجارية فأي فرد من المرضى الراقدين في هذا المستشفى الخاص أو أي مريض من عمّال المنشأة التجارية يتقدم لهذا الطبيب لغرض التطبيب، الذي تعاقد مسبقاً مع المستشفى الخاص أو المنشاة التجارية، لغرض التدخل العلاجي أو الجراحي، فالطبيب مجبر بتطبيبه ولا يستطيع رفض علاجه، لأنه تعاقد مع رب العمل على تطبيب وعلاج وإسعاف العاملين المنتسبين لهذا المستشفى أو لهذه المنشأة، فرفض الطبيب للعلاج يثير مسؤوليته التعاقدية[2]. فالطبيب بحكم تعاقده مع المنشأة التجارية أو المستشفى الخاص تنعدم لديه حرية الاختيار الفردي، وذلك لأن المرضى الذين يتعامل معهم الطبيب فردياً وتكون لديه حرية الاختيار والتعاقد معهم هم من قطاع متغير، أي قطاع غير ثابت ولا مجال بخصوص إفراده، لأعمال الاعتبارات الشخصية، وعلى مستوى القانون فإن هذا الالتزام العقدي ينشئ للعاملين في المنشأة أو للمرضى الراقدين في المستشفى الخاص حقاً مباشراً يمكنهم من مطالبة الطبيب المعالج أن يؤدي لهم خدماته العلاجية والعناية والرعاية الطبيتين[3].

ثانياً: صورة الإلزام بمقتضى الأنظمة والتعليمات

هذه الصورة تتمثل في حالة الطبيب الموظف، إن جاز هذا التعبير، الذي يشتغل لدى المستشفيات الحكومية أو لدى وحدات الميدان الطبية لحساب القوات المسلحة، ففي مثل هذه الحالة يكون الطبيب المعالج أو الطبيب الموظف ليس له الحرية أو الحق في اختيار مرضاه والتعاقد معهم، بل هو ملتزم بأن يتدخل لإجراء العلاج لكل من يتقدم إليه من المصابين والمرضى في المستشفى العام[4]. هذا بالنسبة للدول التي لا يوجد فيها نظام العيادات المفتوحة داخل المستشفيات الحكومية. أما بالنسبة للدول التي تسمح بنظام العيادات المفتوحة داخل المستشفيات الحكومية والمعمول بها حالياً في فرنسا، حيث يسمح للطبيب الموظف أي الطبيب المعين لدى المستشفى العام أن يختار مريضه،

(1) د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص97.
(2) منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، المرجع السابق، ص98.
(3) تعليق رودبير Rodier في دالوز 1955، ص269 تحت حكم نقض مدني في 1954/12/17.
(4) د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص97.

لذلك تنشأ بين الطبيب والمريض رابطة تعاقدية خاصة لا علاقة لها بحالة الإلزام بمقتضى النظام أو التعليمات. ففي الحالة الأخيرة يحق للطبيب أن يختار المريض الذي يرغب بتطبيبه، وكذلك له الحق في أن يمتنع عن علاج مريض آخر لأسباب شخصية أو مهنية، وكما أعتقد فإن هذه الحرية الممنوحة للطبيب في أن يختار المريض الذي يعجبه ينبغي أن يستثني منها حالة الضرورة وحالة الإسعاف لأسباب إنسانية، حيث إنه يجب أن يلزم الطبيب على معالجة من يكون ضمن نطاق هاتين الحالتين الأخيرتين وإلا سوف يسأل الطبيب جنائياً ومدنياً.

ومن الجدير بالذكر أن للطبيب الموظف وغيره من الأطباء الآخرين غير المعنيين الحق في أن يحجموا وفي جميع الحالات عن التدخل العلاجي أو الجراحي إذا كان المطلوب منهم عملاً غير مشروع لا يحميه القانون أو عملاً يخالف القوانين والأنظمة والتعليمات، كالإجهاض في غير حالة ضرورة، أو إجراء تجارب طبية غير مرخص بها قانوناً[1].

ورابطة الطبيب بالمريض في إطار العيادات المفتوحة ضمن المستشفى الحكومي تعتبر علاقة تعاقدية يحكمها القانون الخاص سواء أكان الطبيب من أطباء المستشفى المعينين بصورة دائمة على الملاك من عدمه، وإذا أقام المريض دعواه على الطبيب فإن هذه الدعوى تبنى على الخطأ الشخصي ويختص بها القضاء العادي وليس القضاء الإداري في الدول التي تأخذ بازدواج القضاء وبعبارة أخرى أدق فإن خطأ الطبيب في الفرض السابق ليس من الأخطاء المرفقية بل من الأخطاء الشخصية التي يسأل الطبيب المخطئ وحده دون المستشفى العام[2]. وهذا الرأي رغم وجاهته إلا أنه محل نظر ذلك أن هذه العلاقة تخرج عن نطاق القانون الخاص للتدخل في إطار القانون العام؛ ومن ثم فإنه في حالة مقاضاة الطبيب من قبل المريض المتضرر فإن الدعوى ترفع على الطبيب وعلى المستشفى أو كليهما معاً أمام القضاء الإداري في الدول التي أنشئ فيها مثل هذا القضاء، وليس القضاء العادي وذلك لأنها تخص الإدارة ولها علاقة بمرفق عام من مرافق الدولة وهو مرفق الصحة[3]. وفي العراق ترفع الدعوى أمام القضاء العادي عملاً بأحكام المادة 219 من القانون المدني لعدم وجود قضاء إداري في العراق.

---

(1) مونتادور Montador مسؤولية المستشفيات العامة، باريس، 1960، ص29.

(2) حكم مجلس الدولة الفرنسي في 4 يونيو 1965 في قضية مستشفى Pousson _ a _ Pont منشور في J.G.P عام 1966 _ 2 _ 4665.

(3) د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبيب، المرجع السابق، ص97.

ثالثاً: صورة الإلزام القانوني والمهني

تبدأ العلاقة بين الطبيب والمريض قبل إبرام عقد العلاج الطبي، فالرابطة بينهما تسبق نشوء العقد، فهي مرحلة سابقة على تكوين عقد العلاج وليست لاحقة عليه، فالطبيب أثناء توجه المريض أو نائبه إليه لا تربطه بهما أية علاقة عقدية، والسؤال الذي يفرض نفسه هو هل أن الطبيب مسؤول إذا رفض التعاقد مع من يتقدم إليه من المرضى؟

كان الرأي السائد عند أصحاب الفقه الفرنسي إلى وقت ليس بالبعيد أن للطبيب الحرية الكاملة في قبول دعوة المريض للتدخل العلاجي أو الجراحي نفسه، وسندهم في ذلك هو أنه لا يوجد التزام قانوني أو عقدي على عاتق الطبيب يجبره لتلبية نداء كل مريض وأن الطبيب لو اعتبر مجبراً على قبول التعاقد مع أي مريض لأصبح في حالة عبودية لا تطاق، وأن مجرد امتناع الطبيب لا يرتب مسؤولية ما لم يكن هناك نص قانوني أو عقد يوجب على التدخل الإيجابي[1].

ولكن الرأي الراجح يضع على عاتق الطبيب التزاماً بالمبادرة في علاج وتطبيب المرضى دون أن تكون له الحرية في اختيار مرضاه وإنما يجبر على تقديم العلاج بمقتضى ما تفرضه واجباً مهنته، وهذا الإلزام إما أن ينشأ بموجب قواعد قانونية خاصة وإما بموجب نظام خاص بتنظيم المهنة الطبية، والطبيب الذي يخالف قواعد السلوك المهني يعرض نفسه للعقوبات الواردة في القانون[2]. وهناك قوانين تنص بصراحة على عدم جواز الامتناع عن علاج المرضى أو إسعاف المصابين[3]؛ فيسأل الطبيب عن عدم الاستجابة لإغاثة المريض والإحجام عن علاجه وكذلك يسأل في حالة التأخير عن الحضور أو التدخل لإنقاذ المريض ويقدر التأخير قاضي الموضوع على ضوء مدى ظروف الطبيب وارتباطاته ومشاغله ومدى خطورة الحالة المعروضة أمامه وبشكل خاص مدى حُسْن أو سوء نيته[4]؛ وقد قضي بأنه يجب الاحتياط في تقدير مسؤولية الطبيب في هذه الحالة وأن الطبيب هو صاحب الشأن في تقدير الوقت المناسب لتلبية دعوة المريض، مع مراعاة التزاماته تجاه مرضاه الآخرين، ولا محل لمساءلته إلا إذا كان سيء النية أو مغرضاً[5].

---

(1) سافاتيه، المسؤولية المدنية، ج2، ف784 مكرر ص401؛ مازو، المسؤولية المدنية، ط2، ف529، ص508 اشار إليهما الدكتور محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص98، هامش رقم 1؛ د. وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص422.

(2) نص المادة 22 من قانون نقابة الأطباء رقم 81 لسنة 1984 المعدل.

(3) نص المادة 20 من قانون مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان في الكويت رقم 23 لسنة 1966.

(4) منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، المرجع السابق، 98.

(5) د. حمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص390 وأشار إلى الحكم أعلاه.

وتنهض مسؤولية الطبيب في الحالات التي ينقطع فيها الطبيب عن معالجة المريض في وقت لائق وبغير مسوغ قانوني، وإن كان هناك حالات يجد الطبيب لنفسه فيها مبرراً لترك المريض، فلو أن المريض أهمل في اتباع تعليمات الطبيب أو تعمد عدم اتباعها، أو لو أنه استعان بطبيب آخر خفية عن الطبيب الذي يعالجه مما يهين كرامة هذا الطبيب أو لأنه امتنع عن دفع أتعاب الطبيب في مواعيدها لجاز للطبيب ترك معالجته بشرط هام هو أن لا يكون في ظرف غير لائق أي غير مناسب للمريض وبعكسه يتحمل الطبيب مسؤولية ما يتمخض عن هذا الترك من أضرار تلحق بالمريض[1]. إلا أنه طبقاً للقواعد العامة فإن الطبيب لا يفلت من المسؤولية في الفروض السابقة إلا إذا أثبت القوة القاهرة أو الحادث الفجائي كاستحالة الزيارة أو التأخير بسبب عطل في المواصلات أو ظروف مرضية[2]، أو أقام الدليل على أن أهل المريض كان بإمكانهم إحضار طبيب آخر في حالة عدم حضور الطبيب المسؤول لسكنهم في مدينة تنتشر فيها عيادات الأطباء أو المستشفيات الحكومية والأهلية، ذلك أن ترك الطبيب لمريضه بعد قبوله التدخل العلاجي أو الجراحي يعد إخلالاً بعقد العلاج الطبي المبرم بينهما، وهذا لا يجوز ما دام المريض بحاجة إلى جهود الطبيب ولا يمكن للطبيب الإفلات من هذه المسؤولية في مثل هذه الحالات إلا إذا أقام الدليل على أنه حالت بينه وبين ذلك قوة قاهرة[3]. وتوجد تطبيقات كثيرة في التشريعات المختلفة على حالة إلزام الطبيب المهني منها نص الماجدة 63 ف2 من قانون العقوبات الفرنسي والمادة 371 من قانون العقوبات العراقي والمادة 377 من قانون العقوبات الفرنسي، وهذه النصوص ولو أنها نصوص عامة لم تخصص لمهنة الطبيب، ولكن ينبغي على الطبيب أن يبذل الجهود لمساعدة وإنقاذ من كان في خطر ولا يسعف الطبيب ادعاؤه بأن تدخله غير مجدٍ لأن من واجبه بذل الجهود لمساعدة وإسعاف وعلاج من كان في خطر قاتل أو مميت بسبب المرض أو الإصابة، وليس عليه إدراك النتيجة، لأن النصوص السابقة لا تقضي بأن الطبيب ملزم بمساعدة المريض وأن المساعدة واجبة عليه عندما تكون هذه المساعدة مؤثرة وفعالة فقط وإنما تفرض واجب المساعدة كمجرد وسيلة لمحاولة إغاثة وإسعاف وإنقاذ وعلاج من كان في خطر حال، وأن مساعدة الطبيب واجبة وممكنة حتى في اللحظات الأخيرة أو لحظة الوفاة. وتطبيقاً لهذا ذهبت محكمة مونبيليه من أنه

(1) منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، المرجع السابق، ص99؛ د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، إسكندرية 1989، 32.

(2) د. محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص388 و389.

(3) د. محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص433 وما بعدها.

على الرغم من أن حالة الشخص قد بلغت من السوء حدا لا يجري معه أي تدخل علاجي، وأن هلاكه كان أمراً حتمياً إلا أن الطبيب الذي استدعي لعلاجه كان يتعين عليه أن يعامله معاملة الشخص المعرض للهلاك وفقاً لما جاء بنص المادة 63 ف2 من قانون العقوبات الفرنسي والتي لم تتطلب أن تكون المساعدة واجبة عندما تكون فعالة ومؤثرة فحسب بل تتطلب لمجرد وسيلة لمحاولة الإنقاذ وهي على هذا النحو واجبة وممكنة حتى لحظة الوفاة[1]. والالتزام بمساعدة وإنقاذ المرضى يفهم منه أن على الطبيب أن يسرع في علاج من كانت حالته في آخر لحظة وأن لا ينطلق من منطلق اليأس وفقدان الأمل وأن واجباته الطبية الإنسانية تكون في حدود الممكن من الناحية العلمية والفنية والطبية بتخفيف آلام المريض وإسعاف وإنقاذ المصاب إلى آخر لحظة[2]، لأن مفهوم شفاء المريض من عدمه مفهوم متطور وسريع الاختراعات الحديثة في عالم الطب والاكتشافات العجيبة والمدهشة التي نقرأها ونسمع عنها جعلت من فكرة اليأس، بالنسبة لشفاء المريض، فكرة غير ثابتة، ومن الصعوبة بمكان وزمان القول بها بشكل مطلق في أغلب الحالات[3].

ولكن الفقيهين مازو والدكتور وديع فرج يريان أن الخطأ في حالة امتناع الطبيب يخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية، لعدم وجود العقد، ولهذا قررا بأن الطبيب الذي يرفض زيارة مريض في منطقة منعزلة وهو يعلم أن تدخله الفوري لا غنى عنه، يقع تحت طائلة المسؤولية التقصيرية، وذلك تأسيساً على أن الطبيب اليقظ ما كان ليسلك هذا السلوك متى وجد في نفس الظروف الخارجية للطبيب المسؤول.

بيد أن هذا الالتزام الذي يكلف به الطبيب تنجم عنه صعوبات من حيث الوفاء به فهل أن الطبيب المقصود ملزم بأن يلبي أي نداء ومهما كانت ظروفه؟ وهل على الطبيب المعالج التزام بأن يصدق أي خبر عن حالة مريض يوجه بواسطة الهاتف أو بواسطة أخرى؟

الطبيب ملزم بأن يلبي الاستغاثة الموجهة إليه باعتباره عضواً في الهيئة الاجتماعية التي يعيش فيها، ولكن ينبغي أن تكون هنالك ضرورة وجود خطر جسيم وحال، والجسامة لا تعني بالضرورة أن يكون المريض معرضاً لخطر قاتل أو خطر الموت الذي

---

(1) حكم محكمة مونبيليه في 17 يناير 1953، دالوز سنة 1953، ص29 أشار إليه د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص99 هامش رقم 3.

(2) د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص100.

(3) ديبراي Debray، المريض وطبيبه، باريس 1965، 61؛ ماليرب Malherbe، الطب والقانون الحديث، باريس 1970، ص63؛ بينو Penneau، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص174؛ كورنبروبست Kornpropst، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص525.

يسرع إلى القرار، بل يكفي أن يكون الخطر على قدر من الجسامة بحيث يصاب بدن الإنسان إصابة بليغة[1]، ويستلزم تدخلاً فورياً، وقد وصفت بعض أحكام محكمة النقض الفرنسية هذا الخطر الذي نعرضه بأنه خطر جسيم أو خطر واضح ومحدد[2].

ويلاحظ أن الطبيب ملزم بأن يلبي نداء المريض متى كان وضعه وحالته في خطر واضح، وبعكسه فإن الطبيب يسأل عن تقصيره بعدم الاستجابة وتظل مسؤوليته قائمة عن الضرر الذي أصاب المريض نتيجة لعدم استجابة الطبيب للنداء الموجه إليه والإحجام عن معالجته للمريض الذي طلب المعالجة حتى لو تبين مؤخراً أن الخطر الذي تعرض له المريض أو المصاب لم يكن ملحاً إلى الدرجة القصوى وأن الخطر من السهولة واليسر بحيث يمكن السيطرة عليه وأنه لا يستوجب حضور الطبيب وأن تدخل الطبيب لا يقدم نفعاً، لأن الطبيب يقع على عاتقه التزام لنجدة المريض وإسعافه ومعالجته[3].

ومن الجدير بالذكر أن تقدير جسامة الخطر من عدمه يتم وفقاً للمعيار الموضوعي وليس للتقدير الشخصي من قِبَل المريض أو ذويه، لأن الطبيب عندما يتلقى الاستغاثة من حقه أن يفسر عنها وعن أعراض مرض المريض أو المصاب ومن بعدها يسرع لإسعاف المريض إذا كانت أعراض المرض وظاهر الحال يستنتج منهما أن هناك خطراً جسيماً، والأخذ بالمعيار الموضوعي في هذا الخصوص هو الطريق الوحيد لتفادي تعسف المريض وذويه لأنه من غير المعقول أن يفرض على الطبيب أن يلبي كل استغاثة توجه إليه. لهذا ينبغي عند مساءلة الطبيب أن يحاسب على اعتبارات وأسس موضوعية هي الكفيلة بتحقيق التوافق بين واجبه في أن يهب لإسعاف وإنقاذ المصاب والمريض وبين عدم إزعاجه في أي وقت وبأية مناسبة دون جدوى.

ومن الملاحظ أن الأخذ بالمعيار الموضوعي في تقدير جسامة الخطر من عدمه ينبغي أن لا يحسب فقط للطبيب بل يجب أن يحسب عليه وذلك في حالة الإحجام عن أن يهب لإسعاف المريض بالرغم من أن الخطورة ملحة، وفي مثل هذه الحالات تثور المشاكل ويصعب الأمر في التمييز بين الحالات الملحة التي يحجم الطبيب عن الإسعاف والنجدة دون أن يحاسب وحالات أخرى يسأل عنها في حالة إحجامه عن الإنقاذ. والذي أراه أن الطبيب لا يلزم بأن يهب ويسرع للإسعاف عن كل طلب يوجه إليه وإنما له الحق بأن يطلب من المريض أو من ذويه أن يعلموه عن ظروف الحادث أو المرض وإعراضه

(1) د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص101 ويشير إلى نقض جنائي فرنسي في 31 مايو 1949، دالوز 1949، ص347.

(2) بينو Qoenneau، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص174، 175؛ شامارد ومونزن Monzen ـ Chamard، في المسؤولية الطبية، باريس 1974، ص186 و187.

(3) نقض مدني فرنسي في 21 يناير 1954، في J.C.P سنة 1954، ص8050.

وظروف المريض الحالية، ومن ثم يترك للطبيب تقدير ضرورة الانتقال إلى المريض أو المصاب، أو عدم تلبية الطلب وفقاً لقواعد وأصول المهنة.

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي في ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها حيث قالت: ((إن المساعدة مطلوبة من الطبيب حتى لو تبين أنها لم تكن مجدية أو فعالة ومؤثرة؛ فمن واجب الطبيب أن يبذل جهده ومسعاه للإنقاذ وليس عليه إدراك النتائج)) [1].

ولكن بعض الأحكام الفرنسية ذهبت إلى مساءلة الطبيب في حالة إحجامه عن إسعاف المريض إن كان قد أعلم بخطورة المرض ولكنه امتنع عن نجدة المريض وإنقاذه دون أن يطلب من ذوي المريض معلومات عن حالة المريض وعن أعراض المرض لكي يتأكد من ضرورة تدخله وجدواه[2]. ويستنتج من هذا القرار أنه ينبغي على الطبيب أن يطلب من ذوي المريض في حالة اتصاله بهم المعلومات الكافية والكفيلة بالتحقق من ضرورة تدخله وأن يبذل الجهود والمساعي الحريصة والواعية واليقظة لكي يتيقن القاضي أن الطبيب قد استعلم بالقدر الكافي عن ضرورة التدخل من عدمه.

فإذا كانت المعلومات التي أعلم بها الطبيب لم تكن بالقدر الكافي لكي يتمكن الطبيب من أن يكوّن فكرة جلية عن حقيقة الخطر المحدق بالمريض، وبالتالي ضرورة تدخله لإنقاذ حياة الشخص الذي ألم به المرض؟ فما هو الحل؟

الرأي المعمول عليه هو أنه ينبغي على الطبيب، إذا كانت المعلومات التي أخبر بها ليست بالقدر الكافي، أن يحصل الشك بما يحقق مصلحة المريض، فيجب عليه أن يهب مسرعاً لإسعاف المريض ومساعدته[3].

ولكن ما الحل إذا أخطأ الطبيب في فهم وتفسير المعلومات التي قدمت إليه بخصوص حالة المريض؟ هل إن الطبيب يسأل في هذه الحالة أم لا؟

ذهبت بعض أحكام محكمة النقض الفرنسية إلى أن الطبيب يسأل عن إحجامه عن الإنقاذ إذا أخطأ في فهم وتفسير وتقدير المعلومات التي وصلته عن حالة المريض وكان خطأه جسيماً[4].

وما هو الحل إذا كان الخطأ في فهم وتفسير وتقدير المعلومات من النوع الذي يقع فيه أي طبيب؟

---

(1) نقض جنائي فرنسي، في 23 مارس 1953، دالوز سنة 1953، ص371.

(2) نقض مدني فرنسي في 21 يناير 1954 في J.C.P عام 1954، 8050.

(3) شامارد ومونزن Monzen ـ Chamard، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص188؛ بينو Penneau، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص179.

(4) نقض مدني فرنسي في 15 مارس 1961، J.C.P سنة 1961، 6 ـ 122.

قضت محكمة النقض الفرنسية بأن اعتبار الطبيب ممتنعاً عن نجدة المريض والمصاب وأن إنقاذهما وإسعافهما يستلزم أن يكون مدركاً لخطورة وحالة وأعراض المرض الذي يتعرض له المصاب الذي طلب الإغاثة من الطبيب مع انعدام الشكوك حول ضرورة حضوره لمنع وتدارك الخطر[1].

وهذه التحديات الأخيرة تجعل الأمر يدخل في إطار معيار عام معناه أنه إذا كان الطبيب مثل أي طبيب حريص، نبيه، متيقظ، فإنه يكون بمنأى عن المسؤولية حتى لو أن تقديره في الفهم والتفسير جاء خاطئاً.

بيد أنه إذا كان رضا المريض بالعلاج أو التدخل الطبي يعد أمراً ضرورياً، فإنه من الضروري أن يكون لرفض المريض التدخل العلاجي أو الجراحي أثره القانوني في تحديد مسؤولية الطبيب المرفوض من قِبَل المريض أو ذويه، إذ في هذه الحالة لا تنهض المسؤولية الطبية إذا رفض المريض التدخل الطبي وكان ذا أهلية كاملة.

ولكن يثور الشك حول مسؤولية الطبيب عندما يكون تدخله ضرورياً تقتضيه حالة المريض الصحية، ففي هذه الحالة يشترط للتخلص من المسؤولية إقامة الدليل على أن المريض رفض المعالجة أو التدخل الجراحي؛ وكما أعتقد فإنه من الصعوبة على الطبيب إثبات ذلك، لذلك ينبغي على الطبيب في حالة رفض المريض التدخل العلاجي أو الجراحي أن يدون كتابة رفض المريض للمعالجة، ذلك أن الطبيب يسأل عن خروج المصاب والمريض في وقت مبكر من المستشفى بعد إجراء التدخل العلاجي أو الجراحي، وما ينتج عن ذلك من أضرار تلحق بالمريض وبالتالي نهوض مسؤولية الطبيب، لذلك يتعين على الطبيب الحصول كتابة من المريض على ما يثبت رفضه للبقاء[2]. وقد درجت المستشفيات الحكومية والأهلية في العراق، في حالة خروج المصاب أو المريض من المستشفى دون إكماله للعلاج، وبصورة خاصة إذا كانت الحالة الصحية للمريض لا تخلو من خطورة، على تدوين عبارة في طبلته ((أن المريض خرج على مسؤوليته)) مع توقيعه أو توقيع من يقوم بإخراجه من أهله أو أقاربه.

بيد أن الطبيب في مثل هذه الحالات يلتزم أن يشرح للمريض مغبة عدم قبوله ورفضه للعلاج، أو نتائج عدم إكماله للعلاج المطلوب، فالطبيب ملزم أن يوضح للمريض العاقبة التي سوف تلحقه من جراء عدم قبوله للمساعدة والإسعاف من أجل

(1) نقض مدني فرنسي في 26 نوفمبر 1969، في جازيت دي باليه سنة 1970، 1 ـ 82.

(2) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص32؛ منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، والمرجع السابق، ص101.

إنقاذ حياته أو إنقاذ جسده من العطل والتشويه، وهذا الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب هو التزام بالتبصير[1].

ويلاحظ أنه يشترط لتحقق المسؤولية على عاتق الطبيب بسبب إحجامه عن التدخل العلاجي أو الجراحي يتعين أن يقام الدليل على نشوء الضرر من هذا الإحجام بالذات ويكلف المدعي المريض المضرور بإثبات علاقة السببية بين الامتناع والضرر طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني[2].

رابعاً: صورة الإلزام بسبب وجود الطبيب عضواً في فريق طبي

لم يعد الطبيب يقف بمفرده في مسألة علاج المرضى في أغلبية الحالات إزاء التقدم الطبي الهائل، حيث تطورت العلوم الطبية في وقتنا الحاضر تطوراً هائلاً مدهشاً، فوقتنا هذا هو مرحلة ظهور التوقعات المتعلقة بالعناية الطبية، فالدواء الأعجوبة، والإجراءات والتدخلات الجراحية لتحديد لحظة الموت، وهندسة الجينات؟ قد أصبحت تقريباً مادة الصحافة اليومية لقرائها، في هذه الأيام؛ إن النتائج الناجمة، لما كان يعتبر فيما مضى عللاً ضائعة، قد أيقظت في العديد من الأشخاص ثقة متحمسة في كفاءة الجهود الجراحية الطبية، وكما هو الحال في الشؤون الإنسانية الأخرى فإن الآمال في الثقة غالباً ما تكون مثبطة، حيث إن الواقع الطبي الجراحي لا يقاس بالتوقعات الفردية[3]. كما أشاع استعمال الأجهزة المعقد وأضحى هو الأصل في العمليات الجراحية بالإضافة إلى تنوع السبل الفنية في مجالات الطب الأخرى، وقد ساير كل ما تقدم غزارة في المعلومات والمفاهيم الحديثة، وقد تمخض عن جميع مظاهر التحول والتطور الحديثة أن التخصص في المجال الطبي أمر ملح؛ ولا يمكن الاستغناء عنه، كما أبرز هذا التطور تقلص المهنة الطبية كعمل فردي في بعض القطاعات ونهوضه في شكل عمل جماعي أو بشكل عمل فريق طبي؛ وقد ساعد على ذلك شيوع استخدام الأجهزة الطبية الحديثة والمعقدة وتنوع الوسائل الفنية في مجالات الطب المختلفة؛ وهذا الفريق الطبي من خلال عمله الجماعي على هذا الشكل يثير مشكلات أساسية، على رأسها بالطبع مشكلة مسؤولية الطبيب سواء أكانت مدنية أم جنائية؛ والحق أن رجال الفقه والقضاء ما برحوا يجتهدون في رسم حدود هذه المشكلة وتحديد ضوابطها وأسسها واعتباراتها وقواعدها، هذا من ناحية، ومن ناحية

(1) نقض مدني فرنسي، في 3 يناير 1973، دالوز سنة 1973، ص213.

(2) د. وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص423.

(3) ولتر كلهوزن Walter Gelhorn، مقاضاة التصرف (التقصير) الطبي، تعويض التقصير الطبي.
U.S, N.Z Cornellaw Review, Volume 73, No.2 January New York 1988, p.170 _ 171.

ثانية، فإن هناك مشكلة أخرى تثار في هذا الإطار، هي مشكلة رضا الطبيب وبصورة خاصة أن المريض لم يتعاقد إلا مع واحد من هذا الفريق الطبي فقط وهو الطبيب الجراح[1]. ففي نطاق العمليات الجراحية يكون هناك مجموعة من الأطباء الاختصاصيين، طبيب جراح، وإلى جانبه طبيب اختصاصي في التخدير، وطبيب آخر متخصص في جراحة الأوعية الدموية بالإضافة إلى طبيب آخر اختصاصي في عمليات التجميل، وبعد الانتهاء من العملية الجراحية يكون هناك طبيب آخر ينتظر خروج المريض من غرفة العمليات ليقوم بإنعاشه وهذا الأخير طبيب متخصص في الإنعاش، وقد أطلق على هذه الظاهرة اسم الفريق الطبي؛ وأصبح الحديث عن الفريق الطبي وعن الكيفية التي توزع بها أدوار أفراده، ثم عن كيفية توزيع وتحديد نطاق كل فرد فيه، من مشكلات المسؤولية الطبية في العصر الحالي، حيث يجتهد الفقهاء في وضع قواعد وضوابط هذه المسؤولية والانتهاء بها إلى أحكام تحقق عدالة توزيع عبء المسؤولية بحيث لا تؤدي إلى الإخلال بمصلحة المريض، كل هذا في مواجهة الضوابط والقواعد القانونية الحالية سواء في إطار القانون المدني أو في الإطار الجنائي أو في مضمار القواعد المنظمة للمهنة الطبية.

ومن المشاكل التي نجمت تلك التي نحن بصددها رضا الطبيب بتقديم العلاج لمريض معين، وكيفية تحديد هذا الرضا في نطاق الفريق الطبي الكامل؟ والحلول التي سوف تطرح ينبغي أن تكون منسجمة مع حقائق الأمور في الروابط الناجمة عن عقد العلاج الطبي، حيث يكثر عدد الأطباء الاختصاصيين المتداخلين في العمل والعلاج الطبي من أجل مريض واحد بالذات، إذ من غير المشكوك فيه أن الأطباء المنتظمين في مجموعة الفريق الطبي، والذين يقدمون الخدمة الطبية يسألون جميعاً تجاه المريض عما يقترفونه من أخطاء خلال التدخل العلاجي أو الجراحي، فهم ملزمون جميعاً بأمن المريض وسلامته الجسدية.

ولكن كيف يكون الطبيب راضياً بالتدخل العلاجي أو الجراحي، وما هو وجه الرضا؟ وكيف يتحدد وهو يقوم بعلاج مريض لم يتعاقد معه، بل إن المريض تعاقد مع طبيب آخر هو الطبيب الجراح في أكثر الحالات؟ هل من الممكن أن يكون الطبيب الجراح نائباً عن زملائه من الأطباء الآخرين، في التعاقد مع المريض طالب التدخل العلاجي أو الجراحي؟ وهل إن هذه النيابة بنيت على رضائهم ابتداءً بأن يتعاقد الطبيب الجراح لحسابهم ودون اختيار لمريض دون سواه؟

---

(1) د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص102.

نصت المادة 59 من القانون تنظيم مهنة الطب في فرنسا على أن: ((عندما يتعاقد مجموعة من الأطباء لفحص أو علاج مريض معين فإن كل طبيب يتحمل مسؤوليته الشخصية خاصة حين يستعين الطبيب بفريق يستدعي أفراده لمساعدته في عمله)).

ويتبين من هذا أن الطبيب لا يكون حراً في اختيار مريضه وأن الذي يرضى بعلاج المريض هو طبيب واحد فقط من مجموعة الأطباء الداخلين في الفريق الطبي، أما الأطباء الآخرون فما عليهم إلا أن يؤدوا العلاج، وعليهم تقع المسؤولية في حالة اقترافهم خطأ أو إهمالاً، بالرغم من عدم رضائهم بالمعنى الكامل للرضا، خاصة إذا كان الاتفاق على التدخل العلاجي أو الجراحي مع مريض وطبيب معينين بالذات.

ولكن وفي ضوء تخلف الرضا والتعاقد المباشر بين المريض وعضو الفريق الطبي تظهر مشكلة هامة، هي مشكلة نوع المسؤولية، هل هي مسؤولية عقدية أم هي مسؤولية تقصيرية؟ وهذه المشكلة نرجئ دراستها الآن وسوف نعود لبحثها عند دراسة مسؤولية طبيب التخدير في الفصول اللاحقة من هذه الرسالة؛ ولكن ينبغي علينا الإشارة في هذا الإطار إلى أن مذاهب رجال القضاء الفرنسي تعددت في هذا الخصوص، فمنها ذهب إلى البحث عن المسؤولية في قواعد مسؤولية الطبيب الجراح المتعاقد عن فعل تابعيه؛ ومنها من بحث عن هذه المسؤولية في إطار مسؤولية عقدية أصلية لكل من أعضاء الفريق الطبي بدءاً بالبحث عن رضا ولو ضمنياً بالتعاقد من جانب المريض[1].

وعلى كل حال فإن المسؤولية في هذا المضمار بالرغم من تخلف الرضا يمكن أن تكون مسؤولية عقدية، لأن القضاء كشف عن الرضا المتبادل على نحو أو آخر، وبشكل خاص إن استقلال كل طبيب عن بقية زملائه من الأطباء وتخصصه المستقل وعدم تلقيه لأية تعليمات أو توجيهات وإرشادات من الاختصاصيين الآخرين كلها دلائل تنفي المسؤولية عن فعل الغير، وتدفع بالالتزام إلى الإطار التعاقدي المباشر[2]؛ وبعبارة أخرى تدفع بالموضوع في نطاق المسؤولية العقدية المباشرة[3].

المطلب الثاني: رضا المريض

يعتبر عدم جواز المساس بجسد الإنسان من المبادئ الأساسية التي لا يضحي بها المشرع في جميع دول الكرة الأرضية، فالفرد له حق الدفاع عن تكامل جسده ضد أي

---

(1) نقض مدني فرنسي، في 27 مايو 1970، دالوز سنة 1970، ملخص 186؛ نقض مدني فرنسي، في 17 مارس 1979، دالوز سنة 1979 I.R 176، نقض مدني فرنسي، 20 فبراير 19723، دالوز سنة 1972، I.R 171 والتعليق للأستاذ بينو.

(2) شاماردو مونز Monzen ـ Chamar، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص244 و245.

(3) د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص103.

اعتداء ينال من هذا التكامل الجسدي، ومن غير المقبول لا في العقل ولا في المنطق في ظل النظم القانونية الحالية وفي جميع البلدان التي تحترم شخصية الإنسان الذي خلقه الله وفضله على جميع المخلوقات، أن يعتبر الطبيب بمثابة القاضي الأوحد الذي يقرر ذلك هو المريض وحده فهو صاحب الكلمة الأخيرة والفاصلة في هذا الموضوع. ذلك أن للفرد على بدنه حقاً، وحتى لو توفرت العناية القصوى والمصلحة الراجحة والغاية المشروعة، فإنه من الصعوبة بمكان إن لم يكن من المستحيل أن يخالف رغبة المريض ونجبره على تدخل علاجي أو جراحي يتعارض مع إرادته وحريته[1].

وقد عارض بعض رجال الفقه الاتجاه السابق الذي يرى ضرورة الحصول على إذن المريض على التدخل العلاجي بكافة أصنافه وأنواعه وفي جميع الحالات، حيث زعموا أن وضع المريض الصحي قد يكون حرجاً ومحتاجاً لتدخل طبي سريع ومن غير الممكن التوقف عن التدخل الطبي من أجل الحصول على رضاه، وفي مثل هذه الظروف يمكن للطبيب أن يجري العلاج أو الجراحة رغم إرادة المريض ورفضه لهذا التدخل الطبي، وقد دافع عن هذا الرأي دفاعاً مستميتاً (فور) في مؤلفه Lame du chirurgien حيث ذهب إلى القول: بأن الجراح له الحق بصفة دائمة في أن يرفض الاستماع إلى رغبة المريض وأن يقوم بإجراء العملية الجراحية ضد إرادته، إذ إن إرادة الجراح تجب إرادة المريض لأن الأخير لا يقدر مدى خطورة حالته ولا المخاطرة المترتبة على رفضه[2]. ((فضلاً عن خطورة ما يثيره رضا المريض وهو تنافر هذا الرضا في بعض الحالات مع سر المهنة الطبية، فإخبار المريض بحقيقة مرضه، الذي قد يكون خطراً جداً، والحصول على رضاه بالعلاج أو بأجراء العملية الجراحية الدقيقة الخطرة، ينطوي على صعوبة عملية بالغة)) [3].

وعلى الرغم من سمو المبادئ الإنسانية التي يستند إليها هذا الاتجاه، إلا أن رجال الفقه والقضاء وقفوا ضده، ولذلك لم يحظ هذا الاتجاه بتأييد القضاء والفقه الفرنسيين، حيث يمتنع على الطبيب، إذا لم توجد ضرورة قصوى أو استعجال تجبرانه على إجراء العلاج أو الجراحة، أن يتدخل ويجري العلاج، إذ يفرض على عاتقه التزام بأخذ رضا المريض الحر والمستنير، ويتحتم على الطبيب أو الجراح، كقاعدة عامة، أن لا يعالج المريض أو يقوم بإجراء العملية الجراحية دون أخذ موافقته ورضاه، ولا بد من

(1) د. عبدالرشيد رشدي، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص16.
(2) أشار إليه د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص17 هامش رقم 1، وأشار إلى مصادر أخرى تشير إلى هذا الرأي.
(3) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف50 ص31.

مراعاة هذا المبدأ الذي يتصل بأبرز وأخطر صور الحرية الشخصية[1]. إذ من الضروري أن نراعي السلطة التقديرية لصاحب الشأن، ليس لاختيار الطبيب المعالج فحسب، وإنما بالرضا بهذا التدخل الطبي.

وقد تعرض فقهاء شريعتنا الإسلامية الغراء لمسألة رضا المريض بالتدخل العلاجي أو الجراحي وقالوا إن رضا المريض يرفع الضمان عن الطبيب، فقد جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير أنه: ((إذا حقن الخاتن صبياً أو سقى الطبيب مريضاً دواء أو قطع له شيئاً، أو كواه فمات من ذلك، فلا ضمان على واحد منهما لا في ماله ولا في عائلته لأنه مما فيه تقرير فكأنه صاحبه هو الذي عرضه لما أصابه، وهذا إذا كان الخاتن أو الطبيب من أهل المعرفة؛ ولم يخطئ في فعله))[2].

إذاً من المبادئ المستقرة في القانون الطبي ضرورة الحصول على رضا المريض على إجراء التدخل العلاجي أو الجراحي المقترح من قِبَل الطبيب، بل إن الطبيب لا يستطيع أن ينتقل من مرحلة اقتراح العلاج أو المرحلة التحضيرية له إلى المرحلة التنفيذية إلا إذا حصل على موافقة المريض بمباشرة التدخل العلاجي على جسده[3]. ويقرر فقهاء القانون الجنائي في مصر أنه إذا كان استعمال الحق هو سبب الإباحة بالنسبة لمساس الطبيب بجسد الشخص فإنه يشترط لاستعمال الحق موافقة المجني عليه، ومتى أهدر الطبيب موافقة المجني عليه فإنه لا يكون مستعملاً حقه ويسأل عما يحدثه من أضرار مسؤولية عمدية شأنه عندئذ شأن أي شخص آخر[4]. ذلك أن رضا المريض شرط لتدخل الطبيب وإجراء العلاج فإذا لم يكن المريض أهلاً للرضا وجب الحصول على رضا من يشمله برعايته، وهذا الشرط لا نزاع فيه عند أهل الفقه والقضاء[5].

ويعتبر رضا المريض وموافقته على العلاج من الأهمية بمكان في دراسة مسؤولية الطبيب المدنية، فهو شرط لإباحة التطبيب[6]. ويذهب الرأي الراجح في الفقه الإسلامي إلى أن أساس عدم مساءلة الطبيب أو الجراح عندما يقوم بعلاج المريض هو إذن الشارع وإذن المريض، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا تولد عن فعل الطبيب الحاذق تلف

(1) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف50 ص31.

(2) حاشية الدسوقي، الشرح الكبير، ج4، القاهرة 1309، هـ، ص19.

(3) د. حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص304.

(4) د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، القاهرة 1975، ف16 ص182.

(5) د. محمود محمود مصطفى، مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة مارس 1948، العدد الأول، السنة 18، ف5 ص283.

(6) منير حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، المرجع السابق، ص87.

النفس أو العضو فلا ضمان عليه، متى كان هناك إذن من الشارع أو من المريض ويعد هذا الأمر تطبيقاً للقاعدة الكلية التي تقول بأن الجواز الشرعي ينافي الضمان وعلى هذا فعندما يقوم الشخص بفعل شيء جائز شرعاً فلا يسأل في هذه الحالة حتى ولو كان هو السبب في وقوعه[1].

وأهمية الرضا لا تقتصر على المجال القانوني فقط، وإنما يشمل مجالات أخرى، المجالات الأخلاقية والضمير[2]؛ فالخطأ والإهمال الطبي ينطوي على انتهاك لواجب رجل الطب في عناية المريض، ولو أن ارتكابه بنية سليمة عملاً لحق مقرر بمقتضى الشريعة[3]. فموافقة الشخص المريض سواء بشكل صريح أو ضمني من الضروري الحصول عليها قبل تنفيذ التدخل العلاجي أو الجراحي أو حتى الفحص، وعكس ذلك سيكون الطبيب أو الجراح مسؤولاً عن الأضرار، وفي العمليات والإجراءات العلاجية من هذا النوع توجد عادة موافقة صريحة يتم إعطاؤها، ولكن ما يحدث غالباً هو أنه لا توجد موافقة رسمية، وذلك على سبيل المثال عندما يراجع مريض طبيباً ممارساً عاماً لعلاج بعض الجراح غير أنه في هذه الحالة توجد موافقة ضمنية على أي علاج مطلوب. وعندما يكون المريض طفلاً فإنه من الضروري أخذ موافقة الكبير المسؤول عنه[4]. فرضا المريض وموافقته تعبير أخلاقي عن عصمة الجسد، كما يتصورها النظام القانوني والاجتماعي في الدولة، فإذا أعمل الطبيب الجراح مبضع الجراحة في جسم إنسان لم يكن قد رضي بذلك اعتبرت الواقعة جريمة جرح عمد رغم وجود رخصة مزاولة مهنة الطب والجراحة[5].

وبالنظر لأهمية رضا المريض في عقد العلاج الطبي، وللإحاطة به من كافة جوانبه وبشكل مفصل نقسم هذا المطلب إلى مقصدين نعقد الأول لبحث تجنب المخاطر التي تترتب على رضا المريض ونخصص الثاني لبيان أوصاف رضا المريض.

المقصد الأول: تجنب المخاطر التي تترتب على رضا المريض

تستلزم موافقة المريض البحث عن حل بحيث يكون هناك توازن بين اعتبارين مهمين وخطرين؛ الاعتبار الأول هو حماية المريض من أي تدخل طبي ينطوي على قدر

---

(1) د. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط2، 1987، ف13، ص41 و42.

(2) د. حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، القاهرة، 1975، ف62 ص98.

(3) منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، المرجع السابق، ص87.

(4) جي-أي-كاميرون، كيو سي J.A Cameron, Q.C، مدخل إلى الإهمال في العناية الطبية، منشورات الجمعية القانونية في اسكتلندا، أدنبرة، 1983، ص13 و14.

(5) منير رياض حنا، المرجع السابق، ص88.

من المخاطرة بحياة المريض حتى ولو كان قد وافق ورضي بالتدخل العلاجي أو الجراحي، والاعتبار الثاني هو حماية الطبيب من شدة قواعد المسؤولية الصارمة[1].

ومسألة التوازن والتوفيق بين الاعتبارين سالفي الذكر نجم عنها حوار ومناقشات واحتدام جدل طويل في الفقه الفرنسي وفي القضاء الإنكليزي.

الاتجاهات المتعلقة برضا المريض:

على صعيد الفقه الفرنسي: هناك ثلاثة اتجاهات، فالاتجاه الأول يرفض إلزام الطبيب بالتبصير، واتجاه ثانٍ عكس الأول تماماً يفرض على الطبيب بيان الحقيقة الكاملة لمريضه ويلزمه بتبصيره بصورة مشددة، واتجاه ثالث وسط بين الاتجاهين السابقين يحاول تفادي عيوب كل اتجاه والاستفادة من مزاياه.

الاتجاه الأول: عدم الالتزام بالتبصير

ذهب البعض بأنه يحق للطبيب أو الجراح أن يفرض القرار الطبي الذي يقدر ضرورته على ضوء ضميره وخبرته، وينبغي على الجراح أن يجري الجراحة حتى ضد إرادة المريض، وأن جوهر التدخل العلاجي أو الجراحي ما هو وإلا عمل يستند على الثقة المطلقة المرتبطة بوجدان الطبيب وأخلاقه وإنسانيته وضميره، وأن وجوب استلزام رضا المريض الحر والمستنير وفي كل مرحلة من مراحل التدخل العلاجي والجراحي أمر صعب جداً وغير ممكن إن لم يكن مستحيلاً بل إنه، وإن أمكن عمله، غير مستساغ وهو ضرب من الخيال ولا يتوافق مع الواقع الطبي وظروف الطبيب والمريض؛ فالمريض الذي لا يعرف تفصيلياً كنه العلاج على وجه الدقة ولا يعلم حقيقة مرضه وما يعانيه من آلام لا يصدر عنه رضا تام بالمعنى الحقيقي والقانوني لكلمة الرضا، فالرضا هو القبول الحر المتبصر والمتعقل، فإخطار المريض بحقيقة مرضه وما يقترح عليه ليس له قيمة فنية تخص العلاج وشفاء المريض؛ ومن الصعوبة بمكان إن لم يكن من المستحيل أن يلم المريض بالمضمون الواضح لمرضه. فالمريض في مواجهة الطبيب يعتبر جاهلاً بالمسائل الطبية، ويكون عادة ضعيفاً يلجأ إلى علم الطبيب وفنه وخبرته طالباً حماية جسده من التشوه وصحته من التوعك والهزل وحياته من الموت، وضرورة استقلال الطبيب باتخاذ القرارات الطبية أو الجراحية يرجع إلى أن البعض ينظر للمريض على أنه قادر على تقدير الأمور تقديراً سليماً، وخاصة في أخطر المسائل ألا وهي صحته وحياته، فالمريض ينبغي أن يوضع تحت وصاية الطبيب فيما يتعلق بالعلاج[2]؛ وهو الذي

---

(1) د. وديع فرج، المرجع السابق، ص155 وما بعدها.

(2) د. منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، الكويت 1981، ع2، ص5، ص18.

يستقل بتحديد. ما تستوجبه مصلحته، والعلم والطب لا يمكن أن يؤتي ثماره إلا إذا أطلقنا يد الطبيب الذي يجب أن نضع كل الثقة فيه ونتركه يتصرف لمصلحة المريض، ويقول الأطباء أنه لا توجد هناك أمراض وإنما يوجد مرضى للتدليل على أن الحالات تختلف[1].

أما الطبيب فإنه أستاذ وفنان وخبير ينظر إلى المرض نظرة علمية وفنية عقلانية ليصل بالمريض إلى بر الشفاء، ومن ناحية ثانية فليس من المعقول والمقبول أن نزعم أنَّ الطرفين الطبيب والمريض يقفان على قدم المساواة، فهذا الزعم لا يستند إلى أي أساس واقعي؛ فالواقع أن بين الطبيب والمريض تفاوتاً علمياً شاسعاً وتفاوتاً واقعياً وبصورة خاصة أثناء التخدير، ومن هنا فإنه من غير المقبول اشتراط استمرار التبصير والموافقة أثناء استمرار العلاج، فالطبيب في مسؤوليته عن حالة مريضه مسؤول كذلك عن توازنه النفسي وينبغي عليه أن يحافظ على هذا التوازن وأن لا يجعل المريض يؤثر عليه وينبغي على الطبيب أن يكون بمنأى عن أي معلومات تعرقل التدخل العلاجي والجراحي بسبب الآثار النفسية السيئة؛ وقد أصبح الطبيب في وقتنا الحاضر وبسبب التخدير، سيد الموقف لحظة خضوع المريض للتخدير، ذلك أن المريض يفقد وعيه وإرادته ويترك نفسه بين يدي الطبيب، ويصدق ذلك إلى حد ما بالنسبة للمصاب بمرض الأطباء بأن تكون الثقة مطلقة وغير مشروطة وغير خاضعة لرقابة أحد حتى المريض، فيتعين على المريض أن يضع ثقته بالطبيب وينبغي أن يتركه يتصرف كما يشاء[2].

ويترتب على ما تقدم أن يصبح المريض في نظر الطبيب قاصراً، لا يتمتع بالقدرة الجسمانية والعقلية الكافية، ويتعين سلبه كل سلطة له على نفسه، وتأسيساً على ذلك يتحتم أن لا يشارك المريض الطبيب في اتخاذ القرارات الخاصة بالتدخل الطبي بنوعية العلاجي والجراحي، فالطبيب هو الذي يقود المريض ويوجهه وفق ما يرغب وما يقتضيه التدخل العلاجي والجراحي، شأنه في ذلك شأن القاصر في علاقته بالوصي أو الولي[3]، ويتمخض عن هذه السلطة الممنوحة للطبيب أن من حق الطبيب أن يخفي عن المريض نتائج التشخيص التي ظهرت له وعواقبه، ويستطيع أن يفرض العلاج الذي يراه

(1) د. حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المصدر السابق، ف58 و59 ص88 و89.

(2) د. حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ف59 ص89.

(3) د. منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، المرجع السابق، ص21.

مناسباً، إذ يتمتع الطبيب بنوع من السلطة الأبوية مع مريضه[1]. ويقول أنصار هذا الاتجاه أن عقد العلاج الطبي المبرم بين الطبيب ومريضه ما هو إلا عقد إذعان يحتم على المريض أن ينضم إلى هذا العقد إذا تطلبت حاجته هذا الانضمام ثم يخضع بعد الانضمام لما يراه الطبيب، فالمريض يمنح الطبيب مطلق الحرية في عمل ما يراه مناسباً بالنسبة لجسمه وللداء الذي يعاني منه؛ فعدم المساواة العلمية والفنية يتعين أن يستتبعها عدم المساواة القانونية، وبناءً على ما تقدم من أسس واعتبارات ينبغي أن يترك للطبيب حرية التصرف وتقدير ما يجب ذكره للمريض وما ينبغي إخفاؤه لأنه ليس هناك جدوى من تبصير المريض وإحاطته علماً بظروف المرض الذي يقاسي منه وعلاجه[2]. وبناءً على ما تقدم فالطبيب حينما يتصرف مستهدفاً للعلاج ويؤدي عمله وفقاً للأصول العلمية والفنية فإنه من غير الجائز أن يخشى شيئاً حتى ولو تصرف وقام بإجراء التدخل العلاجي والجراحي بغير رضا المريض.

الاتجاه الثاني: حتمية التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض (تشديد الالتزام بالتبصير)

لم يكتب النجاح لوجهة النظر السالفة، ولم تكن هي الفكرة المعول عليها، حيث إن أغلبية رجال الفقه والقضاء ذهبوا إلى ضرورة أخذ موافقة المريض على إجراء التدخل العلاجي والجراحي أو أي عمل آخر[3]. فالطبيب يلتزم دائماً بالحصول على رضا المريض على إجراء التدخل العلاجي أو الجراحي سواء أكان المرض معقداً أم بسيطاً محدود الأثر[4].

وتزداد أهمية الحصول على رضا المريض كلما كان التدخل العلاجي أو الجراحي أمراً ينطوي على الكثير من المخاطر، إذ ينبغي على الطبيب أن يبصر المريض بكافة العواقب المحتملة للعمل الطبي، ولكن ليس عليه أن يحيط المريض علماً بكافة النتائج الممكنة، ولو كانت بعيدة الاحتمال، وإلا كان في ذلك ما يثني المريض عن الإقدام على التدخل العلاجي والجراحي، ويلاحظ أن التزام الطبيب بالحصول على رضاء المريض بالتدخل العلاجي أو الجراحي لا يقتصر على التدخل الطبي الذي يقترحه الطبيب فحسب، بل ينبغي عليه أن يذكر المريض بكافة النتائج والمضاعفات والعواقب

---

(1) د. حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ف59، ص89.

(2) د. حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ف59، ص90.

(3) د. سليمان مرقس، الوافي، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف152، ص403.

(4) مازوونك، مطول المسؤولية، ج2 المرجع السابق، ف511.

التي قد تقع بسبب ذلك العلاج أو تلك الجراحة، ولذلك يتعين على الطبيب، بحسب الأصل، عدم الالتجاء إلى علاج المريض أو المساس بجسمه دون الحصول على رضائه سلفاً، فهذا الرضا يقتضيه احترام الحرية الشخصية للفرد[1].

إن رضا المريض لا يعني إعفاء الطبيب من المسؤولية، بل إنه يسأل بمقتضى القواعد العامة عن الخطأ الصادر منه أثناء التدخل العلاجي والجراحي، فإذا بذل العناية المطلوبة، أي السعي والجهد، بضمير يقظ، لا يسأل عن الأضرار المتمخضة، والتي أصابت المريض، من جراء هذا التدخل العلاجي والجراحي[2].

ولكن ما هو أساس ضرورة الحصول على موافقة المريض؟ وما هي الطبيعة القانونية لهذا الرضا؟ وهل أن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب بالحصول على رضا المريض هو التزام مصدره القانون؟ أم مصدره العقد الذي يربط الطبيب بالمريض؟

تذهب محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها: بأن واجب الطبيب بالحصول على رضا المريض يستند إلى احترام الحرية الشخصية، ووصفت الإلزام بالحصول على رضا المريض بأنه التزام عام مهني وأن الحصول على رضا المريض تفرضه مقتضيات احترام الشخصية الإنسانية، والطبيب الذي لا يلتزم بالحصول على رضا المريض طبيب متعسف ومتعد على حقوق المريض ومخل بواجبات أصول مهنته[3].

يستنتج من هذا القرار أن التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض بعيد عن مجال الالتزام العقدي، هذا الإطار الذي يكون له الصفة الغالبة في رابطة المريض بالطبيب. وفي الواقع أن أي عقد لا يمكن أن يكون ساري المفعول إلا في نطاق القانون، حيث إن القانون هو الذي يعطي للعقد مساره الشرعي وفاعليته وتأثيراته على المحيط الذي ولد فيه هذا العقد، والقانون هو الذي يكمل هذا العقد ويصحح عيوبه وشروطه، والمشرع عندما يفرض التزاماً قانونياً معيناً لا يقبل بسواه، فإن ذلك لا يعني أن هذا الالتزام يخرج عن المفهوم العقدي، لأن هنالك نصوصاً تشريعية تتعلق بالنظام العام ولكنها تضيف إلى العقد أحكاماً في مضمونه وتحدد الالتزامات الناشئة عنه[4]. وتأسيساً على ما تقدم فإن وجود التزام معين وتحديد هل هو التزام عقدي أم هو التزام قانوني سابق على وجود العقد، لا يستبعد الالتزام من الإطار العقدي، وبناءً على ذلك فإن الخطأ المهني هو خطأ عقدي لأنه وقع أثناء سريان العقد المبرم بين الطبيب

---

(1) منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، المرجع السابق، ص88 و89.

(2) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص29.

(3) نقض مدني فرنسي، في 1953/10/27، دالوز سنة 1953، ص65.

(4) مازووتنك، مطول المسؤولية، المرجع السابق، ف154 وما بعدها.

والمريض، فالواجب الملقى على عاتق الطبيب بالحصول على رضا المريض بالعلاج هو واجب عقدي ومهني[1].

إن رضا المريض بإجراء العلاج أو إجراء العملية الجراحية هو رضا لاحق على وجود عقد العلاج الطبي، ولهذا يجب أن نبين أن هنالك نوعين من الرضا، الأول هو الرضا الذي به يبرم عقد العلاج الطبي (الرضا المبدئي)، والثاني هو رضا لاحق على وجود عقد العلاج الطبي، فهو رضا بنوع التدخل الطبي، وبعبارة أخرى هو رضا بصنف العلاج المطلوب، أو رضا بالعملية الجراحية المقترحة من قبل الطبيب الجراح، والتي ظهرت ضرورتها وحتميتها بعد إجراء عملية التشخيص والكشوفات والتحاليل على المريض، أو قبول نوع معين من العلاج الخطر، اقترحه الطبيب المعالج، واستلزمه الفحص والكشف على المريض. وفي بعض الصور أو الحالات يختلط الرضا الأول (الرضا المبدئي) بالرضا الثاني (الرضا النوعي) ولا يفصلهما فاصل زمني له قيمته، ولكن لا يمكن الحد من أهمية وضرورة الحصول على رضا المريض في كل مرحلة من مراحل التدخل العلاجي والجراحي، لأن إجراء العلاج أو إجراء العملية الجراحية، يمس سلامة المريض الجسدية؛ وبناءً على ما تقدم فإن مبدأ عصمة الجسد البشري يفترض أن كل مساس أو أقل فحص، ينبغي أن يستند إلى رضا المريض، وأن حق الإنسان على جسده هو حق من الحقوق الشخصية غير الحقوق المالية، وهو السند الأول الذي يجعل أخذ رضاه ضرورياً وفي كل مرحلة من مراحل التدخل العلاجي والجراحي، فإذا تخلف الرضا فإن عصمة الجسد تصبح بلا معنى، بل مبدأ محكوم عليه بالإعدام[2].

وتأسيساً على ما تقدم، فإنه يلاحظ أن التدخل الطبي بنوعيه العلاجي والجراحي يجد أساسه في أمرين: الأمر الأول - هو عقد العلاج الطبي المبرم بين الطبيب والمريض، والأمر الثاني - هو الرضا بالتدخل الطبي الصادر من قبل المريض أي الرضا الحر والمستنير بالعلاج الطبي. فأولاً يبرم العقد عندما يتفق الطبيب والمريض على قيام الأول بفحص الثاني وتشخيص مرضه ووضع إمكانياته وفنه ومهاراته في خدمة المريض وهذه هي المرحلة الأولى من مراحل التدخل الطبي، وبعدها تأتي مرحلة أخرى لاحقة على وجود عقد العلاج الطبي، أو تأتي مراحل كثيرة مرحلة تلي مرحلة عند كل تدخل طبي يستلزم المساس بجسد المريض وسلامته البدنية، حيث يجب أخذ رضا المريض في

(1) نقض مدني فرنسي، في 29 مايو 1951، دالوز سنة 1952، ص53؛ نقض مدني فرنسي، في 11 يناير 1966، دالوز سنة 1966، ص266.

(2) كورنبروبست Kornprobst، عقد الطبيب Le contract de soins Medicausx باريس 1960، ص56.

كل مرحلة من مراحل العلاج، ولهذا فإنه يمكن القول بأنه توجد بين الطبيب والمريض عقود طبية متتابعة في بعض الحالات، أو ((عقود متعددة ربطتها إرادة الطرفين بإطار واحد أو عقد شامل، عن طريق إيجاب دائم من أحد المتعاقدين يلاحقه ويقترن به قبول متكرر من المتعاقد الآخر))[1]. فالمريض عندما يذهب إلى الطبيب فإنه في بداية الأمر يأمل من الطبيب أن يعلمه بالظروف التي تحيط بحالته الصحية وعن الوسائل والأساليب التي تهيئ له فرص الشفاء من علله، وهذا لا يعني بالضرورة أن المريض وافق ابتداء على كل تدخل طبي بنوعيه العلاجي والجراحي يعتقد الطبيب بضرورة إجراؤه، وهذا يتوافق ويتلاءم، بل ينسجم مع التفسير المنطقي المعقول والعادل لإرادة الطرفين المتعاقدين الطبيب والمريض، سواء أكان العلاج لدى الطبيب الخاص في عيادته أم في المستشفى الخاص أم العام أم العسكري، فالطبيب أو الجراح في كل أنواع المستشفيات على اختلافها لا يستطيع أن يفرض تدخلاً علاجياً أو جراحياً لم يرضَ به المريض.

الاتجاه الثالث: التبصير في حدود معينة

فيرى جانب من رجال الفقه الفرنسي بأنه يتعين أن يسمح للطبيب بالكذب الأبيض أو الكذب المخلص، فالصدق والإخلاص ليسا من الالتزامات غير المشروطة فلا يجب الوفاء بها في كل وقت ولأي شخص[2] وهذا الاتجاه، هو رأي وسط بين الاتجاهين السابقين.

أصحاب هذا الاتجاه رأيهم هذا على حقيقتين أساسيتين ومهمتين، الأولى، أن الإنسان العصري أصبح مدركاً لحقوقه، واحترام ذاته إدراكاً واعياً، وأضحى يرفض الخضوع لوصاية الأطباء، فيما يخص إرادته وسلامة بدنه حتى ولو كانت الوصاية الطبية من أجل مصلحة المريض وعلاجه، ومهما يكن الطبيب كبيراً فلا يمكن السماح له بوضع مبدأ أن المريض غير مؤهل لفهم العمل الطبي[3]، والحقيقة الثانية تتجسد في مجموعة من الأسس والاعتبارات المتعلقة بالطب والأطباء، فمن حق الأطباء أن يتمتعوا بقدر من نتائج الثقة المشروعة بينهم وبين مرضاهم. كما أن التطور الهائل في العلوم والفنون الطبية قد يؤدي إلى إعفاء الأطباء من أخبار وتنوير المريض بتفصيلات التدخل الطبي، والتي لا يسمح تكوينه الفكري واستعداده الثقافي إلى استيعاب هذه التفصيلات العلمية

(1) أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، دور المدة في العقود المستمرة، بغداد 1988، ف19، ص16.
(2) د. حسام الدين، كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المصدر الساق، ف63، ص99 بالإشارة إلى كاربونيه.
(3) د. حمدي عبدالرحمن، معصومية الجسد، المرجع السابق، ص37.

الدقيقة والمعقدة[1]. فضلاً عن أن إظهار الحقيقة للمريض قد يكون في بعض الحالات عملاً غير إنساني ويؤدي إلى نتائج سيئة وعكسية بالنسبة لنفسية المريض وحالته الصحية قد لا تنفعه في العلاج ولا توصله إلى بر الشفاء بقدر ما تضره، بل تزيد في آلامه وهمومه، ولهذا ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى السماح للطبيب المعالج أو للجراح بإخفاء بعض الحقائق أو الكذب الطبي، إذا كان ذلك في مصلحة المريض، وبشرط ألا يستعمل الطبيب وسائل احتيالية لإقناع المريض بصحة المعلومات التي يقول بها[2]؛ فالطبيب يواجه في بعض الأحيان أناساً ضعفاء، وسيدات وأطفالاً ومسنين، فيتعين عليه أن يتلاءم مع ظروفهم ويكذب عليهم في حدود معينة، فالحقيقة وسط بين انعدام أهلية المريض وبين اكتمال أهليته القانونية، فالمرضى لا يتمتعون بإرادة حرة كاملة بحيث يعبرون عن إرادتهم بحرية تامة، فالأمراض الشديدة القاسية تحد من حرية الفرد ولا يستطيع التعبير عنها التعبير الحقيقي القانوني، ومن ثم لا يمكن اطلاعهم على الحقيقة الطبية كاملة. كما أنهم ليسوا عديمي الإرادة لكي يستقل الطبيب أو الجراح وحده بالتصرف كما يشاء[3]. والكذب الطبي المسموح به هو الكذب من أجل مصلحة المريض وشفائه، ومصلحة المريض هي حجر الزاوية، ولا يعتبر الطبيب مخطئاً إذا تعافى المريض ونجا من دائه عن طريق الكذب، ذلك أنه يحقق للطبيب إخفاء العواقب الوخيمة للمرض؛ ولكن إذا لم ينتج عن الكذب الطبي شفاء المريض من مرضه، يقع على الطبيب عبء إثبات أن الكذب كان الفرصة الوحيدة والأخيرة وقت حدوثه لتحسين حالة المريض الصحية وتطمينه؛ ويضيف أصحاب هذا الاتجاه أن الصراحة الطبية قد تكون أحياناً من قبيل الأعمال غير الإنسانية، وتعطي مردودات عكسية، وقد يكون من شأنها تحطيم الروح المعنوية للمريض، والكذب الطبي لا يعتبر رذيلة، بل هو وسيلة من مجموع وسائل العلاج الأخرى والعلاج النفسي في العصر الحديث علاج ناجح، وإخفاء عاقبة وخيمة عن المريض، يخفف من آلامه، فالكذب العلاجي مطلوب وواجب على الطبيب إذا كان الطبيب يعتقد أنه يخفف عن المريض بعض آلامه، ولا يسمح بالكذب الذي يسبب أضراراً للمريض، أي الكذب غير العلاجي، فالطبيب الذي يخفي حقيقة عن المريض وينتج عن ذلك لحوق الضرر بالمريض تنهض مسؤوليته حتى ولو كان حسن النية، ذلك أنه متى أسفر الكذب عن ضرر لحق بالمريض فإن القصد العلاجي ينتفي، فإذا تمخض عن الكذب مضاعفات

---

(1) د. حمدي عبدالرحمن، معصومية الجسد، المرجع السابق، ص38.

(2) د. منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، المرجع السابق، ص23.

(3) د. حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ف63 ص99.

للمريض فإن الطبيب الذي أدلى بالكذب لا يسمح له بإثبات أنه كان حسن النية لأنه يكون قد أخلّ بالتزام من التزاماته الأساسية والمهمة وهو تبصير المريض عن المضاعفات والمخاطر المتمخضة عن التدخل العلاجي والجراحي، أما لحوق الضرر بالمريض نتيجة لهذا الكذب فإنه يؤدي إلى وجود قرينة قاطعة على أن الكذب لم يكن علاجاً[(1)].

ومن الجدير بالذكر القول أن الأمانة الطبية تقتضي من الطبيب أن يقول الحقيقة مهما كانت درجة إيلامها، فإذا ما تبين للطبيب من التحاليل والفحوصات الطبية، أن الكذب العلاجي غير مجد في شفاء المريض، تعين عليه قول الحقيقة، لأن السكوت عن تبصير المريض أو ذويه بخطر علاج معين يقتضي قيام مسؤولية الطبيب بشرط أن يلحق المريضَ ضررٌ من هذا السكوت.

أما إذا كانت حالة المريض الصحية ميؤوساً منها فإنه يتعين على الطبيب اطلاعه على ذلك من أجل أن يقوم المريض بتنظيم شؤون أسرته، لأنه من المحتمل أن المريض إذا ما عرف أن وضعه الصحي ميؤوس منه، قد يقوم بتنظيم العلاقة بين أولاده بعد رحيله إلى الحياة الآخرة، وقد يقوم بإصدار وصية لأن الشخص عندما يتوقع أنه سوف يغادر الحياة الدنيا وأنه لا مجال بينه وبين الموت وانتقاله إلى القبر يفرض عليه ضميره واجبات كثيرة تجاه أسرته وأقاربه ومجتمعه، فينبغي على الطب والأطباء أن يمكنوه من القيام بهذه الواجبات المطلوبة قبل رحيله عن هذه الدنيا.

ولكن السؤال هنا هل يجوز للطبيب أن يحجم عن الإدلاء بالمعلومات عن ظروف العلاج ومخاطره إذا كانت حالة المريض الصحية ميؤوساً منها؟ أو أنه لا يحجم عن الإدلاء بالمعلومات وإنما يدلي بمعلومات للمريض ولكنها غير صحيحة، وقد أطلقنا على هذه الحالة الكذب الطبي وليس الكذب العلاجي، والكذب الطبي كما اعتقد هو الكذب الذي يدلي به الطبيب للمريض من أجل الحصول على موافقة المريض على التدخل الطبي أو باتباع أسلوب معين ومحدد من العلاج أو قبول إرجاء عملية جراحية معينة ومحددة؟ فهل الكذب الطبي إن صح التعبير جائز في بعض الحالات أم لا؟

قضت محكمة استئناف في باريس في أحد أحكامها بأنه: الطبيب الذي أعلم مريضته بنتائج كاذبة لتحليل أجراه بهدف إقناعها بقبول علاج معين له آثار جانبية ضارة وأن مجرد هذا المسلك من قبل الطبيب المعالج يعتبر خطأً جسيماً، وأنه إذا كان الكذب الطبي في بعض الحالات جائزاً لاعتبارات معينة يقدرها الطبيب، فإنه ـ أي الكذب الطبي ـ يصبح مرفوضاً على الإطلاق إذا كان هدف الطبيب من الكذب

(1) د. حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ف64، ص101.

إخفاء جسامة المرض[1]. ويقول أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون في هذا الصدد: ((إذ الغالب أن المريض الذي يتعاقد مع طبيب معين ليس أمامه من خيار إلا أن يركن إلى عنصر الثقة التي ينطوي عليها هذا العقد ومن هنا .. ألقي على عاتق الطبيب التزامٌ خلقيٌ إنسانيٌ يحتم عليه أن لا يبدد هذه الثقة وأن لا يتخذها وسيلة للغش والخداع. وترتب على هذا أنه لا يجوز للطبيب أن يكذب على مريضه إذا لم تكن هناك ضرورة ملحة تلجئه إلى الكذب لما فيه من نفع أو مصلحة للمريض نفسه، كما لا يجوز للطبيب أن يخدع مريضه عن النتائج التي كشفت عنها الأشعة أو الفحوصات والتحليلات. كما يتحتم على الطبيب أن يطلع مريضه على أن التحليل والأشعة أظهرا خطأ تشخيصه الأول الذي قام به من قبل، وأنه سيعمد، نتيجة لما أظهرته التحليلات أو كشفت عنه الأشعة، إلى سلوك طريقة أخرى في علاجه))[2].

ويؤيد هذا الاتجاه ما جاء في قرار لمحكمة التمييز، حيث أكدت على المبدأ القاضي بوجوب أخذ رضا المريض. ففي قضية تتلخص وقائعها أن المدعية (م) ادعت لدى محكمة بداءة الكرادة بأنها زوجة الدكتور (ب)، وقد أسقط جنينها بفعل كل من الدكتور (خ) والدكتورة (ع) عن طريق الإجهاض دون رضاها بحجة تناولها حبوب تؤثر على سلامة الجنين وتعرضه للتشوه وهي واقعة لا أساس لها من الصحة وتخطيطاً من زوجها الدكتور (ب) للتخلص من الجنين وإيقاع الطلاق فطلبت الحكم لها بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي أصابها. فقررت محكمة البداءة رد الدعوى بطلب التعويض إلا أن محكمة التمييز نقضت هذا الرد وجاء في قرارها: ((إن حق المطالبة في التعويض مثبت في الحكم الجزائي الصادر من محكمة جنح الكرادة المرقم 1985/1984/2/1072 المؤرخ في 1986/2/2 الذي أدان المدعى عليها وقضى بحبسها لمدة سنة واحدة مع إيقاف التنفيذ والحكم على المدعى عليه الدكتور (خ) بالغرامة، وحيث إن الحكم المذكور قد اكتسب درجة البتات بوقته مع النظر لظروف القضية وعدم ثبوت تناول المدعية الحبوب التي تشوه الجنين كما ورد ذلك صراحة في خاتمة قرار الإدانة لذا كان على المحكمة السير بدعوى التعويض الركون إلى خبراء مختصين لتقديره))[3].

أما على صعيد القضاء الإنكليزي فقد أثيرت عدة قضايا في هذا المضمار، كما حدث في قضية In re BCA Minor المأساوية. فقد حدث أن ولدت طفلة مصابة بمرض

(1) محكمة استئناف باريس في 17 تموز (يوليو) 1936، دالوز سنة 1936، ص98.

(2) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف53، ص33.

(3) قرار محكمة التمييز رقم 367/منقول/77 ـ 88 في 1987/11/7 (غير منشور).

داون (الطفل المنغولي) أي الطفل المصاب ببلاهة خلقية عند ولادته حيث يكون منحرف العينين، مسطح الجمجمة، عريض اليدين، قصير الأصابع، بالإضافة إلى ذلك فإنه مصاب بانسداد الأمعاء؛ وقد كانت بحاجة إلى عملية لرفع الانسداد إذا أريد لها أن تعيش أكثر من سنوات قليلة؛ ولو تمت العملية لربما تموت خلال أشهر قليلة، ولكن الاحتمال هو أنها تعيش لمدة عشرين إلى ثلاثين سنة، وقد تطلبت مثل هذه العملية موافقة الوالدين. وعلى أية حالة مال الوالدان إلى رأي مفاده أنه من الرحمة بالطفلة أن تموت ولذلك رفضا الموافقة على إجراء العملية. لكن السلطة المحلية أعطت للطفلة المصابة وصاية المحكمة، وبذلك أضحت المحكمة (الكبير المسؤول) ومن حقها أي السلطة إعطاء الموافقة الضرورية للعملية، لكن الجراح لم يقبل بتلك الموافقة وأكد على ضرورة احترام رغبات الوالدين. وقد أيد القاضي هذا الرأي للوهلة الأولى، ولكن محكمة الاستئناف أعادت النظر بقراره وأصدرت أمراً بإجراء العملية من قِبَل جراحين آخرين أسمتهم المحكمة من قبلها[1].

وهناك قضية قديمة ولكنها ممتعة في هذا الميدان هي قضية تومسون ضد ديفون Thomson V. Devon وكان المدعي فيها محكوماً عليه بالسجن، وبينما هو بالسجن وبدون اعتراض من جانبه تم تلقيحه من قبل الدفاع الذي لم يعط أي تشويه للحقائق لكن تم إصدار حكم قضائي عليه بسبب الأضرار التي أحدثها بتعرضه للهجوم على الشخص الأول حيث أن الادعاء هو بأنه لم يكن قد حصل على موافقة المدعي قبل تلقيحه، لكن الدعوى فشلت وقال الشريف في تعليقه ((... كان المدعي يعرف جيداً ما الذي كان يجري، لكن أظهر اهتماماً قليلاً جداً به، ... وكان موقفه العقلي عندما كان أمام الطبيب، وكما عبر عنه هو، ((لم يكن معارضاً ولا موافقاً على العملية)) وبناءً على ذلك وفي ضوء المعرفة التي يحيط بها ولعدم وجود اعتراض.. اعتقد بأنه كان مقتنعاً بالعملية))[2].

وإذا أريدت موافقة المريض فمن الضروري له الحصول على معلومات تتعلق بالحجج المؤيدة والمعارضة للعملية المعنية والتي تؤثر في الموافقة وهذا ينطبق على الإجراءات الخطيرة، لكن المسألة أثيرت في قضايا متنوعة، ففي قضية بولام Bolam بشكل خاص كان أحد أسس الادعاء هو أن الطبيب فشل في تحذير المدعي ضد المخاطر التي تنطوي عليها المعالجة باستعمال الرجة الكهربائي، وقد قيل في حينه بأن ذلك تم طبقاً للممارسات المتبعة في هذا النوع من العلاج حيث لا يحذر الأطباء مرضاهم من الأخطار التي يعتقدون بأنها ضئيلة، ما لم يتم الاستفسار منهم عنها، وعندها يتم

(1) جي. اي كاميرون ـ كيو. سي. مدخل إلى الإهمال في العناية الطبية، المرجع السابق، ص14.
(2) جي. اي كاميرون، كيو. سي، المرجع السابق، ص14.

إبلاغ المرضى بأن الخطر سيكون قليلاً جداً؛ وطالما أن القضية هي قضية ما هو متبع طبقاً للممارسات الجارية فإن معيار القضية كان قد عبر عنه اللورد الرئيس كلايد في قضية هنتر ضد هانلي Hunter V. Hanley وفي قضية Hatcher V. Black فبالإضافة إلى ما ذكرته المطرية في ادعائها بأن الطبيب سبب بإهماله إصابة الحبل الصوتي الأيسر بالشلل فإنها ادعت أيضاً بأن الطبيب كان مهملاً عندما لم ينصحها بأن العملية تنطوي على خطر بالنسبة إلى صوتها. وقد قال (دينينغ ل. جي) بأنه فيما يتعلق بالطبيب فإن الأمر متروك لهيئة المحلفين لتقرير ما إذا كان قد أخبر المدعية بأنه لا يوجد هناك خطر أم أنه قد راوغ في القضية لإبعاد القلق عنها. وكان التقرير مقتضباً ولكني أفترض بأنه تم إعطاء ذلك التوجيه طبقاً لما كان سائداً من الممارسة الصحيحة، كما تم ذكر ذلك في الأدلة. وقد أعادت هيئة المحلفين أمراً قضائياً لصالح المدعى عليهم[1].

وكانت قضية ووترز ضد بارك Waters V. Park من صنف القضايا التي تعتبر الأكثر توضيحاً لهذه المسألة الخاصة، ففي تلك القضية كان المدعيان، زوج وزوجة، قد تلقيا نصيحة بأن الزوجة ينبغي أن تجري عملية للعقم ولكن بعد العملية أنجبت طفلاً لذلك كان عليها أن تجري عملية أخرى للعقم. وأكد هافيرز جي .Havers. J بأنه إذا لم يقم الطبيب في مثل هذه الظروف بإخبار المريض بشكل فوري بوجود خطر طفيف لأي حمل آخر أو نصحها بأخذ موانع للحمل فإن ذلك لا يكون عيباً يلحق المعايير الصحيحة لمهنة الطب، وبالتالي فإن المدعى عليهم لم يرتكبوا أي انتهاك للواجب بعدم إبلاغها بذلك. وكانت الأدلة المقدمة في تلك القضية مطابقة كثيراً للأدلة المتوفرة لي في عدة قضايا من هذا النوع. وجوهر تلك الأدلة هو بخصوص إذا كان المريض لا يسأل عن المخاطر وأنه إذا كان في تقديره بأن الطبيب يعتقد من غير المناسب، ذكر هذه المخاطر، عندها يكون من المعقول عدم تحذيرها من مخاطر فشل العملية، وتشكل هذه الإخفاقات جزءاً صغيراً جداً من مجمل القضية. ومن ناحية أخرى إذا سأل المريض عن هذه المخاطر، فإن الأمر ربما يعتمد ـ والواقع أنه يعتمد ـ على نوع المريض الذي تقوم بمعالجته وأن الأمر متروك لتقدير الطبيب وفطنته بخصوص مقدار ونوع المعلومات التي يبلغ المريض بها فإذا كان المريض الذي يقدر ما تنطوي عليه العملية ومن غير المحتمل أن يصبح مذعوراً خائفاً أو أي شيء من هذا القبيل، عندها يكون من المناسب ـ كما أعتقد ـ إيضاح ما تنطوي عليه العملية من مخاطر. ومن جهة أخرى ربما يكون من الضروري المراوغة بهدف تطمين وتهدئة مريض عصبي من

(1) جي. اي، كاميرون، كيو. سي، المرجع السابق، ص15.

المحتمل أن يصاب بالهستيريا. والأمر يعتمد إلى حد كبير على ظروف كل قضية، وطبيعة المرض، وطبيعة الخطر التي يجب أخذها بنظر الاعتبار، كما هي الحال مع طبيعة العملية ودرجة ضرورتها[1].

وفي قضية أخرى تسمى بقضية كرايغ Kraig كانت المشكلة مختلفة عن القضية السابقة لأن المريض في هذه القضية أجريت له عملية استكشافية، لما اعتقد، بأنه كيس خيشومي صغير وقد أعطى المريض الطبيب الموافقة على إجراء أية عملية يعتقد الطبيب بأنها ضرورية. ولكن الجدل الذي أثير هو أنه في ظروف تلك القضية مع الأخذ بنظر الاعتبار خطورة العملية لإزالة ورم قريب من الشريان السباتي والذي تبين كذلك عند الاستكشاف كان يجب إيقاف العملية الاستكشافية الأولية وغلق الجرح ومن ثم إزالة آثار التخدير العام عن المريض وبعد ذلك توضيح القضية له برمتها وبالتفصيل قبل الاستمرار بالعملية لإزالة الورم الذي تبين للطبيب أثناء إجراء العملية الأولى، وعلى أية حال فإن الأدلة المتوفرة كانت عكس المطلوب، وبخصوص تفسير شروط شكل الموافقة فإن رأي كل من اللورد أوردنيري Ordinary ومجلس النواب ((هو أن كلمة ((ضروري)) لا يمكن قراءتها أو تفسيرها بمعنى ضيق ومحدد وثابت، ولكن كان يجب قراءتها لتعطي معنى أوسع لتعني (الإيحاء بالضرورة) وبكلمة أخرى كان من المستحسن إجراء العملية في وقتها لأن ذلك في مصلحة المريض. ومثل هذه الموافقة يجب أن ينظر إليها بشكل واسع وليبرالي. وعكس ذلك فسوف نصل إلى الوضع السائد في الولايات المتحدة حيث تشكل الموافقة عذراً مقدماً لكل الأنواع المرعية للنتائج المترتبة حتى عن أصغر عملية ولذلك غالباً ما يكون المريض خائفاً إلى الحد الذي لا يمضي فيه قدماً ويوافق على العملية التي من مصلحته إجراؤها)) [2].

وقد برزت مسألة الموافقة في قضية تشاترتون ضد غيرسون chatterton V. Garson التي تم النظر فيها قضائياً مباشرة، وقد سعت المحكمة في هذه القضية وراء الأضرار التي تمت أثناء المعالجة الطبية على أساس أن الطبيب قد أخفق في توضيح أسلوب إجراء العملية والآثار المترتبة عليها، وألغى بذلك أي أثر لموافقتها وجعل المعالجة بهذه الطريقة نوعاً من الإجبار أو عملاً من أعمال الإهمال أو كليهما؛ وقد فشلت الدعوة القائمة على هذين الأساسين، فبخصوص الدعوة القائمة على وجود إجبار في إجراء العملية يقول بريستوجي Bristow. J. ((يجب أن تكون الموافقة حقيقية حيث يوجد قانون واضح بذلك، حيث تكون موافقة الطرف المجروح دفاعاً عما يمكن

---

(1) جي. آي، كاميرون، كيو. سي، المرجع السابق، ص16.

(2) جي، اي، كاميرون، كيو. سي، المرجع السابق، ص17.

اعتباره لو تم نوعاً من الجريمة أو المخالفة.. وفي تقديري أن المحكمة يجب أن تنظر إلى جميع الظروف وتقول ((هل هناك موافقة حقيقية؟)) وأعتقد بأن العدالة تشترط بأنه من أجل إبطال أو إفساد حقيقة الموافقة أنه لا بد وأن يكون هناك إخفاق في التفاهم بين الطبيب والمريض أكبر مما ينطوي عليه انتهاك الواجب، إذا كان الادعاء قائماً على أساس وجود إهمال)) [1].

أما بخصوص الدعوى القائمة على وجود إهمال فقد قال بريستور بأن: ((واجب الطبيب توضيح ما ينوي أن يقوم به ومضامين ذلك بالطريقة التي يفترض أن يقوم بها طبيب دقيق ومسؤول في ظروف مماثلة)). وقد أشار بريستور إلى القضية الكندية وهي قضية Reible. V. Gughes قبل بدء العملية، أدرك الطبيب بأنه لا بد من إزالة الكيس الصغير وتضمن ذلك التداخل مع الشريان السباتي، في حين أنه كان معروفاً للجراح في قضية Reible قبل بدء العملية، بأن العملية الجراحية تنطوي على خطر بالنسبة للشريان السباتي. وهذا فرق أدركه بوضوح اللورد Ordinary في قضية كرايغ Craig، وعلى أي حال فقد تم التأكيد عند الاستئناف على ضرورة إجراء محاكمة جديدة على أساس أنه ربما كان هناك سبب جيد عند الطبيب في كون غير واضح جداً بخصوص المخاطر المصاحبة للعملية؛ وقد قيل بأن الطريقة التي يتم فيها توضيح طبيعة ودرجة الخطر من الأفضل تركها لتقدير الطبيب في معالجته للمريض الذي أمامه [2].

وفي قضية أخرى هي قضية Lepp. V. Hopp وهي قضية من محكمة البيرتا العليا. وفي هذه القضية أجرى المدعى عليه وهو جراح اختصاصي بجراحة العظام والكسور عملية لعصب ورك المريض المدعي، في مستشفى ليسبريج Lethbridge وقبل إجراء العملية أوضح المدعى عليه للمدعي العملية ووقع الأخير استمارة الموافقة ولم يبلغ المدعى عليه المدعي بأن هذه العملية هي أول عملية يجريها بعد حصوله على شهادة الاختصاص، رغم أنه كان قد أجرى مثل هذه العملية عدة مرات قبل ذلك، لكن جميعها كانت تحت الإشراف من قبل آخرين، كما أنه لم يبلغ المدعي بأن الاختصاصيين في مستشفى Calgary هم الأكثر مما هم في مستشفى Lethbridge لمعالجة أية مضاعفات قد تنجم عن العملية وكان المدعي قد رغب أصلاً في إجراء العملية في مستشفى Calgary، ولم تؤد العملية إلى ما كان متوقعاً منها بشكل جيد وأقام المدعي دعوى إضرار على أساس وجود إهمال ووجود إجبار في إجراء العملية من قِبَل المدعى عليه فالذي أخفق في الحصول على موافقة تامة منه، وقد أسقطت

(1) جي. اي، كاميرون، كيو. سي، المرجع السابق، ص17.
(2) جي. اي، كاميرون، كيو. سي، المرجع السابق، ص18.

المحكمة العليا في البيرتا الحكم وأصدرت حكماً قضائياً لصالح المدعي مؤكدة بأن المدعي كان قد سأل عن خطورة العملية، وطالما فعل ذلك وسأل أيضاً عن مستشفى Calgary وكان على المدعى عليه أن يناقش على الأقل الفوائد النسبية والخبرة المتوفرة وكذلك المخاطر المحتملة مع المدعي[1].

وأخيراً وبخصوص هذه النقطة فإن هناك واجباً بالطبع يجب القيام به فقط عند توفير الموافقة التي تفسر بشكل صحيح. ويوضح ذلك ما كنت أقوله عن قضية كرايغ Craig والتي سبقت الإشارة إليها، لأن هناك جدلاً بأن ما تمت الموافقة عليه كان عملية استكشافية فقط، ولكن ما تم فعلاً كان للحصول على موافقة المريض إما بشكل صريح، أو بشكل ضمني، وطبقاً لظروف كل حالة، وربما يكون من الضروري إعطاء معلومات للمريض تؤثر في الموافقة قبل الحصول عليها، وحالما تحصل موافقة المريض فإن ذلك يحدد المجال الذي سيكون الطبيب أو الجراح حراً للعمل ضمنه ويجب أن يبقى داخل مجال تلك الموافقة.

الكشف أو الإفصاح عما يصيب المريض من ضرر:

والنقطة التالية متعلقة بطريقة ما بالنقطة السابقة وذلك فيما يخص المعلومات التي تعطى للمريض من قِبَل الطبيب أو الجراح فإلى أي حد يجب إخبار المريض عندما يقع أمر خاطئ أثناء إجراء المعالجة الطبية؟ فأحياناً ربما يقع هذا الخطأ عندما يكون المريض تحت تأثير التخدير وفي هذه الحالة فإنه لا يستطيع أن يعرف أي شيء عنه؛ وأحياناً حتى لو كان المريض واعياً وبكامل شعوره فإنه ربما لا يعرف بأن ما حدث هو في الحقيقة أمر مؤسف، ومرة أخرى فإن مسألة إبلاغه بما حدث يعتمد على الظروف وهذا ما توضحه، حسب ما اعتقد، قضايا جيربر ضد باينز Berber. V. Pines ودانيال ضد هيسكن Daneils. V. Heskin. ففي القضية الأولى انكسرت إبرة الزرق تحت الجلد التي أدخلها الدكتور المدعى عليه في عضل المريض خلال زرق الحقنة وذلك بسبب تشنج عضلي مفاجئ؛ ولم يكن بالإمكان سحب جزء من الإبرة ولذلك كان لا بد من إجراء عملية جراحية بعد خمسة أيام ولم يبلغ الطبيب المريضة ولا زوجها حال وقوع الحادثة، وقد حكم عليه دوبارك جي Du Parcq. J. بالإهمال لعدم إبلاغه المريض بما حدث. وكان التقرير مقتضباً. ويبدو أن القضية أصبحت موضع هجوم ليس على أساس ما بينته الأدلة بخصوص الممارسة الطبية السليمة، بل على أساس ما اعتقده القاضي نفسه بما كان يجب أن يحدث، وقد طبق في هذه القضية معيار الشخص

(1) جي. أي، كاميرون، كيو. سي، المرجع السابق، ص18 ـ 19.

الاعتيادي العاقل (أي صاحب البصيرة) ولذلك لم يعد للقضية أكثر من أهميتها التاريخية.

وفي القضية الثانية انكسرت إبرة خياطة ولم يكن بالإمكان إيجاد جزء منها وبقي في شرج المريضة ولم يخبر الطبيب المريضة ولا زوجها مع أنه قد ترك تعليمات بأن القابلة المأذونة أخبرته بشيء غير اعتيادي يظهر في المريضة وبأنه إذا لم يتم إيجاد الجزء المفقود من الإبرة خلال ستة أسابيع فإنه يجب أخذ أشعة للمريضة. وبعد ستة أسابيع أخذت الأشعة، حيث ظهر فيها الجزء المفقود من الإبرة وتمت إزالته بعملية، وعند الاستئناف أكدت المحكمة الإيرلندية العليا حكم قاضي المحكمة، بأن عدم إبلاغه المريضة أو زوجها بالحادثة كان أمراً معقولاً في تلك الظروف، وأساس ذلك الاستنتاج هو أنه لم يكن مناقضاً للأسلوب أو للممارسة الطبية المقبولة[1].

المقصد الثاني: أوصاف رضا المريض

يعتبر رضا المريض من المسائل المهمة والأساسية في عقد العلاج الطبي حيث إنه يثير الكثير من المشاكل لأنه مسألة حساسة ومرتبطة بقدر ليس بالقليل من التعقيدات الخاصة بالعلوم الطبية والفنية؛ ويضاعف أهمية هذه المشكلة التقدم الطبي الهائل والمدهش وتعقد الوسائل التقنية المستعملة وباستمرار في العمليات الجراحية، هذا التقدم الذي يعتبر ثورة عارمة في عالم الطب والأطباء، ويبني رجال الفقه عموماً، وجوب أخذ رضا المريض ابتداءً من قِبَل الطبيب، على أساس أن المريض إنسان حر له حقوق مقدسة على جسده لا يجوز المساس بها بغير رضائه، وكل اعتداء على حرية المريض تكون حقوقه على بدنه، حتى ولو كان الباعث على هذا التدخل مصلحة المريض، يرتب مسؤولية على من يتدخل، متى كان في استطاعته الحصول على الرضا، ولم توجد ضرورة للتدخل الطبي بدون موافقة[2].

والسؤال المطروح هو ما هي طبيعة هذا الرضا؟ وهل أن أخذ هذا الرضا واجب على الطبيب في جميع الحالات؟ ومتى يعتبر الرضا بالعلاج صحيحاً؟ وهل يشترط أن يكون المريض كامل الأهلية حتى يعتد برضاه؟ لا بد أن تتوافر فيه عدة مواصفات تستلزم أن يكون المريض على قدر كافٍ من العلم بما يقوم به الطبيب من عملية

---

(1) جي. أي كاميرون، كيو. سي، المرجع السابق، ص20.

(2) د. الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص305، وهامش رقم 1؛ د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص105؛ د. محمود محمود مصطفى، مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، المرجع السابق، ص283؛ د. حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ف56 ص86 و87.

جراحية أو تدخل علاجي وأن تكون الصورة واضحة أمامه بخياراتها المختلفة وبالنتائج المتوقعة لأي اختيار يقدم عليه الطبيب؛ لهذا فإن أهم شرطين ينبغي وجودهما في رضا المريض بالتدخل الطبي بأنواعه الوصفي والعلاجي والجراحي هما أن يكون الرضا مستنيراً وأن يكون حراً. هذه المسائل وغيرها من المشاكل الأخرى التي يثيرها الحصول على رضا المريض نتناولها بالبحث تفصيلاً وفي بندين نبحث في البند الأول الرضا المستنير بالعلاج وندرس في البند الثاني الرضا الحر بالعلاج.

البند الأول: الرضا المستنير بالعلاج

سبق أن بحثنا موضوع إجلاء الطبيب بالمعلومات للمريض، وبحثنا أن الالتزام يبرز لنا بجلاء فكرة الرضا المستنير للمريض، ذلك أن المريض لا يعطي رضاءه ولا يوافق على إجراء التدخل العلاجي والجراحي إلا على أساس المعلومات التي أدلى بها الطبيب له عن هذا التدخل الطبي، فينبغي على الطبيب أن يبين للمريض جدوى العلاج والجراحة المطلوبين وما مدى نجاحهما والمخاطر والنتائج المتوقعة لإجراء كل منهما أو عدم إجرائهما، ومن منطلق التزام الطبيب بإعلام المريض بهذه المعلومات والاستفسارات يأتي رضا المريض مستنيراً أو متبصراً[1]. وينبغي على الطبيب أن يعطي المريض صورة صحيحة عن المخاطر والأضرار والنتائج المتوقعة وإلا كان مسؤولاً. ذلك أن المريض يكون في أكثر الفروض خالي الذهن تماماً عن ملابسات وظروف مرضه ولا يعرف نوع المرض وكنهه الذي يكابد ويقاسي منه، ولا علم له بوسائل العلاج الملائمة لنوع المرض والتي لا بد من اللجوء إليه لعلاجه وشفائه، فضلاً عن أن المريض يكون مضطرباً نتيجة للآلام التي يعاني منها. بيد أن المريض لا يمنح موافقته على التدخل الطبي إلا بناءً على معلومات شرحها ووضحها الطبيب الذي يقوم بالعلاج، حول فائدة إجراء العملية الجراحية أو حول التدخل العلاجي بكل أشكاله وصوره ومدى النتائج المتوقعة لإجراء العلاج، والمخاطر التي قد يتعرض لها المريض في حالة إهمال العلاج والوسائل والأجهزة التقنية والفنية الطبية المتاحة التي سوف يستخدمها الطبيب في إجراء العلاج، وإذا كان رضاء المريض لا يعتبر صحيحاً، إلا إذا أعطي بعد معرفة سبب مرضه وظروفه وملابساته، فمعنى ذلك أنه يقع على عاتق الطبيب التزام بأن يوضح للمريض حالته الصحية وطبيعة المرض الذي يقاسي منه ومدى الخطورة التي من الممكن أو من المحتمل أن تقع أثناء القيام بالتدخل العلاجي أو الجراحي المقترح[2]. وقد

(1) د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص106.

(2) د. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، ف9 ص19.

قضت محكمة النقض الفرنسية مؤيدة المعنى السابق، فقالت ((إن الطبيب مسؤول عن الحادثة التي تقع نتيجة لقيامه بعلاج المريض عن طريق الصدمة الكهربائية، دون أن يحصل على موافقته قبل تطبيق هذا العلاج، إذ إنه يحصل على الموافقة الحرة والمستنيرة من المريض، قبل أن يشرع في القيام بالعلاج، وذلك فيما عدا حالة الضرورة))[1].

وينحصر التزام الطبيب المعالج أو الطبيب الجراح بتبصير المريض في نطاقين هامين:

الأول: ضرورة الإفصاح عن طبيعة التدخل العلاجي المقترح، والثاني: ضرورة الإفصاح عن مخاطر العلاج المقترح ومخاطر الامتناع عنه.

الفقرة الأولى: ضرورة بيان طبيعة العلاج الطبي المقترح

ينبغي على الطبيب المعالج أو الجراح ـ كما قلنا ـ أن يبين بوضوح لمريضه العلاج الطبي الذي سوف يقوم به قبل أن يقوم بأي تدخل علاجي أو جراحي وطبيعة مرضه والعلاج والجراحة اللذين يقترحهما لذلك المرض والمخاطر التي يمكن أن تحدث عادة في مثل هذه الأمور ومخاطر عدم القيام بالعلاج[2]؛ ويختلف التزام الطبيب بإعلام المريض من حالة إلى أخرى، وبدون شك تلعب درجة التعليم التي وصل إليها المريض دوراً هاماً في هذا المجال، فقيام الطبيب بعلاج زميل له أمر مختلف عن قيامه بعلاج شخص آخر لا يعرف شيئاً عن مهنة الطب[3]. ويفرض على عاتق الطبيب التزام ببيان طبيعة التدخل الطبي المقترح، هل هو استئصال عضو من جسم المريض أم مجرد تعديل حجم العضو ومساره سواء أكان العلاج ذا خطورة من عدمه، لأن رضا المريض بالعلاج ـ كما أسلفنا ـ ينصب على تدخل علاجي أو جراحي معين ومحدد[4]. وليس علاجاً شاملاً لأي تدخل طبي أو لأية عملية جراحية مهما كانت خطورتها، وهذا يعني أن رضا المريض بالعلاج هو رضا مخصوص بحالة معينة ومحددة بذاتها؛ وتطبيقاً لما تقدم قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية الطبيب عن تخلف الرضا في قضية تتلخص وقائعها في أن مريضاً ذهب إلى طبيب لفحص التضخم الذي ظهر في ذراعه الأيسر

(1) حكم محكمة النقض الفرنسية نوفمبر 1955، جالوز الأسبوعي 1956، ص3 أشار إليه د. عبدالرشيد مأمون في مؤلفه عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ف10 ص20.

(2) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف11 ص20؛ د. وديع فرج، المرجع السابق ص381 و382؛ د. الأبراشي، المرجع السابق، ص394؛ د. حمدي عبدالرحمن، معصومية الجسد، المرجع السابق، ص41؛ د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص29.

(3) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف12 ص21.

(4) د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي، المرجع السابق، ص220.

ونتيجة الكشف على ذراع المريض شخص الطبيب المرض بأنه ورم بسيط يحتاج إلى جراحة بسيطة ولا تترك هذه الجراحة أية آثار خارجية مضرة بعد إجرائها؛ وأثناء إجراء الجراحة للذراع تبين أن الورم كان صعباً وأن إزالته أدت إلى تأثير سيء على حركة الأعصاب، مما أدى إلى أن المريض أصبح غير قادر على استخدام ذراعه الأيسر تماماً، فقضت هذه المحكمة بمسؤولية الطبيب عن خطأه في عدم أخذ رضا المريض المستنير أو المتبصر لأن الجراحة لم تكن لها صفة الاستعجال أو الضرورة الملحة، وأنه ينبغي على الطبيب المعالج بعد أن تبين له خطورة الأمر، بعد فتح موضع الجراحة أن يحصل على رضا المريض من جديد عن الجراحة الجديدة بعد أن تحول مسارها وظهرت خطورة لها لم تكن متطورة عند أخذ رضا المريض للمرة الأولى[1]. وفكرة توقف الجراح عن العملية الجراحية وعدم إكمالها لكي يأخذ من جديد رضا المريض أو رضا ذويه باعتبار أن ذلك قد يؤدي إلى نتائج ضارة جداً بالمريض فكرة غير مقبولة وأن موقف القضاء الفرنسي في هذا الخصوص محل نظر - كما أعتقد - لأن الطبيب المعالج له الحرية في تقدير هذه الخطورة؛ وتوقف الطبيب الجراح عن الجراحة لكي يحصل على رضا المريض أو ذويه ثم يعاود الجراحة من جديد قد يؤدي هذا التوقف إلى أضرار فادحة بالمريض، فهل من المقبول أو المعقول إيقاف العملية الأولية وغلق الجرح ومن ثم إزالة آثار التخدير العام عن المريض وبعد ذلك توضيح القضية له والحصول على موافقته ومن ثم البدء من جديد بالتحضير والتخدير وفتح الجرح وإجراء العملية؛ وهذا بعيد عن الواقع وبعيد عن المنطق بل بعيد عن مصلحة المريض.

ومن الملاحظ أن التقصير الذي يقع فيه الطبيب أو الجراح في عدم أخذ رضا المريض المتبصر أو المستنير في مرحلة استلزمت الحصول على رضاء جديد ليس خطأ في التشخيص وإنما هو تقصير في عدم أخذ رضا المريض من جديد في الحالة لتي كشفها التشخيص أثناء إجراء الجراحة.

ويستوجب الرضا المستنير أن يكون المريض على بصيرة من أمره عندما يمنح رضاءه بالعلاج الطبي، وهذا يلزم الطبيب بأن يفسح لمريضه عن ماهية التدخل العلاجي أو الجراحي. ولكن ينبغي علينا أن نعترف أن تكليف الطبيب بهذا الالتزام قد يضعه أمام صعوبات وتعقيدات علمية ومصطلحات فنية جمة قد لا يدرك المريض ماهيتها[2].

ولكن، هل هناك حق للمريض وواجب على الطبيب حتى يكون رضا المريض مستنيراً، أن يضع الطبيب بدائل متعددة للعلاج الطبي المقترح، ويعطي للمريض حق

---

(1) نقض مدني فرنسي، في 27 تشرين أول (أكتوبر) 1953، دالوز 1953، ص659.

(2) أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، نظراته السابقة، ف60 ص37.

اختيار أحد هذه البدائل؟ أجابت محكمة النقض الفرنسية على هذا التساؤل، حيث قضت بإدانة الطبيب على أساس أنه لم يفصح للمريض عن الطبيعة الحقيقية للعملية الجراحية التي سيجريها له ولم يفصح له عن النتائج المتمخضة عنها، فضلاً عن إهماله في تبصير المريض باختيار بين وسيلتين طبيتين للعلاج في مثل حالته[1].

ومن هذا يتبين أن محكمة النقض الفرنسية تضع على عاتق الطبيب التزاماً بأن يقدم للمريض فرصة الاختيار عن وعي بين عدة وسائل ناجحة في العلاج على أساس أو الوسيلة الفنية التي يتبعها الأطباء في علاج المرضى ليست الوسيلة الوحيدة الممكنة، بل هنالك وسائل متعددة ونجاحها يكون بنسب معينة، كأن تكون نسبة النجاح 60٪ أو 70٪ أو 80٪.

بيد أن اتجاه القضاء الفرنسي في المسألة السابقة محل نظر، ذلك لأنه من الصعب على المريض أن يختار بحرية تامة وسيلة العلاج الناجعة في مثل هذه الظروف. حيث إن الاعتبارات الفنية تطغى على حرية المريض في اختيار الوسيلة التي يراها مناسبة لعلاج دائه، هذا من جانب؛ وأن الطبيب لا يعفى من المسؤولية حينما يختار الوسيلة الفنية دون الأخرى بناءً على رغبة المريض، من جانب آخر.

إذاً، الطبيب هو الذي يختار الوسائل أو الطرق العلمية أو الفنية لمباشرة العلاج أو لإجراء العملية الجراحية ما دام قد حصل على ثقة مريضه ورضائه بالتدخل العلاجي أو العملية الجراحية التي سوف يجريها له. قد تكون هناك اختيارات للمريض تنحصر في مزايا استخدامية لجهاز فني أو لوسيلة فنية دون أخرى غير مبنية على أسس فنية متعلقة بعلم الطب[2].

الفقرة الثانية: ضرورة بيان مخاطر العلاج الطبي المقترح ومخاطر الامتناع عنه

يمكن التساؤل عن المخاطر التي يلتزم الطبيب أو الجراح ببيانها للمريض وهل يخبره بالنتائج التي تحدث عادة في مثل حالته؟ لم يلتزم بأن يوضح له النتائج التي تحدث في أحوال نادرة؟ إن الاتجاه الغالب لدى أهل الفقه[3] يرى أن الطبيب يقع على عاتقه التزام بكشف النتائج الخاصة بمخاطر العلاج التي تحدث عادة للمريض، وعلى هذا لا

---

(1) نقض فرنسي، في 18 كانون ثاني (يناير) 1942، دالوز 1942، ص163.

(2) يستقل الطبيب أو الجراح بتقدير الجوانب الفنية والعلمية، ويسأل عند مقارفته للخطأ في اختياره للوسائل الفنية غير الناجحة؛ والطبيب هو الذي يوجه المريض وهو أدرى بفنه وعلمه واختصاصه وهو أدرى أو له خبرة بالوسائل أو الأساليب الفنية ونسبة نجاحها دون المريض، فالمريض لا يستطيع توجيه الطبيب باختيار وسيلة دون أخرى – كما تقول محكمة النقض الفرنسية – فهذه مصيبة المصائب، ففرصة المريض في اختيار الوسائل الفنية في التدخل العلاجي أو الجراحي تبدو ضيقة جداً.

(3) د. محمد عادل عبدالرحمن، المرجع السابق، ص85 و86 وقد أشار هذا الكاتب إلى مازو وتنك مطول المسؤولية، ج1، ف511.

يكون الطبيب ملتزماً بأخذ الرضا المبدئي للمريض قبل أن يتدخل بالعلاج إلا إذا كان الأمر متعلقاً بعلاج يعرض المريض لبعض المخاطر، فإلزام الطبيب بالتصرف على نحو مخالف لذلك يكون بمثابة تعقيد للمهنة الطبية الإنسانية التي يقوم بها الطبيب، إذ إن دور الطبيب ليس هو تزويد المريض بالمعلومات المتعلقة بمرضه، بل إن دوره هو معالجة المريض من الداء الذي يشكو منه ومن عواقبه الوخيمة، كما أن مسألة إعلام المريض بالأمور المحيطة بمرضه ليست هي الهدف المرجو من الطبيب، بل إن الهدف الأول والأخير هو العلاج والوصول بالمريض إلى بر الشفاء[1].

وقد ذهب فينون إلى القول ((بأن الطبيب ليس ملزماً بإعطاء المريض درساً في الطب ولا أن يخبره بالمخاطر الاستثنائية جداً، بل هو ملزم فقط بإبلاغ المريض بالحوادث المتوقعة من التدخل الجراحي حتى لا يعطي المريض موافقته إلا بعد معرفة كل الأمور. إن عدم السماح للطبيب بالتدخل إلا بعد موافقة المريض موافقة مبنية على معرفة الأسباب، بمثابة رد فعل في مواجهة حرية الحركة التي يتمتع بها الطبيب[2].

وفضلاً عما تقدم فإن الالتزام المفروض على عاتق الطبيب بالحصول على رضا المريض بالتدخل العلاجي أو الجراحي ينحصر هدفه في احترام مبدأ المساواة بين البشر، أي بين الطبيب والمريض ومنع الطبيب من النظر إلى المريض على أنه شيء يمكن أن يجري عليه التجارب الطبية من أجل شهوة علمية بحتة وليس من أجل علاج المريض وشفائه من العلل.

ولكن كل علاج طبي وأية عملية جراحية وأية وسيلة من وسائلهما ينتظم قدراً معيناً من المخاطر وتنتج عنه أحياناً آثار ضارة وعاهات قد تكون دائمة وقد تكون مؤقتة، والمريض يرجو بأن تكون المخاطر متناسبة وموافقة مع قدر الفائدة المتوخاة من العلاج الطبي، والمريض عندما يوافق مبدئياً على العلاج فإنه يقبل ضمناً بالمخاطر محتملة الوقوع التي تنجم عن التدخل العلاجي أو الجراحي ورضا المريض الصريح أو المتبصر أو المستنير على حد تعبير القضاء الفرنسي للطبيب يعتبر رضاء صريحاً أو متبصراً سواء أكان الرضا بواسطته أو بوساطة أهله وذويه؛ أو فعلياً، وليس المقصود بأهل المريض وذويه من له على المريض حق الولاية أو الوصاية أو القوامة، وبناءً على ذلك فإنه قد ينوب عن المريض في هذا الإطار صديق المريض أو من رافقه إلى الطبيب أو إلى المستشفى[3]؛ وهذا الرضا الصريح أو المستنير ينتظم ضمناً من قبل المريض وتحمل

(1) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، فـ12ب ص21.
(2) أشار إليه د. عبدالرشيد مأمون في مؤلفه عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، ص21 هامش رقم 4.
(3) استاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، فـ56، ص34.

مخاطر العلاج الطبي المقترح، وفي حالة كون رضا المريض غير صريح أو غير مستنير فإنه لا يوجد توازن في عقد العلاج الطبي.

وبناءً عليه لا يعتبر المريض قد قبل بالمخاطر الناجمة عن التدخل العلاجي أو الجراحي، إلا ما كان يعلمه ويتوقعه وفي حدود ما تم بيانه والإفصاح عنه من قبل الطبيب المعالج أو الجراح القائم بالعملية الجراحية، ولا يحد أو يقلل من مسؤولية الطبيب في هذه الحالة أن يكون قد قام بالتدخل العلاجي أو بإجرائه للعملية الجراحية بدوافع أو أغراض إنسانية نبيلة وهو دافع شفاء المرضى رغم عدم تبصيرهم أو رغم رفضهم.

ولكن هل أن التزام الطبيب ببيان مخاطر التدخل العلاجي أو الجراحي المقترحة مخاطر الامتناع ينطبق على كل الحالات الخطرة منها وغير الخطرة؟

يذهب أصحاب الفقه وأهل القضاء إلى أن الطبيب المعالج أو الجراح لا يقع على عاقته التزام بتوضيح وبيان جميع المخاطر المحتملة والمتوقعة من قبله، بما فيها المخاطر التي كشفت عنها التجارب والعلوم الطبية بأن من النادر وقوعها[1].

ولكني أرى أن ندرة وقوع المخاطر بالنسبة لطريقة محددة من طرق التدخل العلاجي والجراحي لا يعفي الطبيب أو الجراح من واجبه وهو بيان المخاطر المحتملة الوقوع، ولا يسمح له بعدم كشفها وبيانها للمريض، فالمخاطر النادرة الوقوع تدخل بالرغم من ندرتها في إطار التوقع والاحتمال الوارد، فالطبيب يقع على عاتقه التزام ببيان المخاطر المحتملة الوقوع لمريضه وتبصيره عن الأضرار الناجمة عن العمل الطبي قبل البدء بتنفيذ عمله؛ ولكن المسألة تختلف إذا كانت الأضرار والمخاطر المحتملة الحدوث نادرة الوقوع، ذلك أن الطبيب غير مكلف بواجب بيان كافة الاحتمالات الممكنة غير العادية بصورة خاصة، إذا كانت طريقة العلاج المتبع أو إجراء العملية المتبعة طريقة عادية وتقليدية متداولة الاستخدام؛ وبناءً على ما تقدم فإن الطبيب يلتزم ببيان المخاطر المحتملة والمتوقعة على الرغم من ندرة وقوعها، ولكنه لا يلتزم ببيان كافة المخاطر وخاصة المخاطر ذات الاحتمالات البعيدة عن واقع العمل الطبي، لأنها مخاطر غير طبيعية؛ فالطبيب يقع على عاتقه التزام ببيان المخاطر المتوقعة في الحدود الطبيعية؛ وهذا التحديد الأخير يحقق - كما أعتقد - مصالح المرضى، ذلك أن الإفصاح للمريض عن مخاطر شاذة الوقوع هو بيان يعرض المريض لحالات نفسية تنتابه

(1) مازو وتنك، مطول المسؤولية، ج1، المرجع السابق، ف511.

وقد يقف، بيان هذه المخاطر، عقبة كأداء بطريق ومستلزمات العلاج الطبي، وأحياناً يسبب نتائج ومردودات عكسية[1].

إن مبدأ إعلام المريض بحالته الصحية يقتضي ضرورة الأخذ بنظر الاعتبار الحالة النفسية للمريض، فقد يكون الكشف عن خطورة المرض سبباً في تعريض عملية العلاج أو الجراحة ذاتها للخيبة والفشل، فقد يسيطر خطر الموت على ذهن المريض، ومن ثم ينعكس هذا الأمر على حالته الصحية فتزداد سوءاً وتدهوراً[2]، الأمر الذي يغدو معه شفاؤه أمراً بالغ الصعوبة، قد يدفع المريض في بعض الحالات إلى الاستسلام والإحجام عن تناول الدواء أو إجراء العملية الجراحية[3]. إذ يختلف الأمر هنا باختلاف حالة كل مريض من جهة، وخطورة المرض الذي يعاني منه من جهة أخرى، وهذا معيار متروك إلى تقدير القاضي وفطنته، فهذا شيخ طاعن في السن يعد أيامه في هذه الدنيا، ويعلم أنه ملاقٍ ربه عن قريب وهو راضٍ بذلك مطمئن النفس قرير العين، يريد الرحيل إلى الآخرة وهو ثابت الخطى. فليس هناك ما يمنع الطبيب من إعلامه بحقيقة دائه حتى ولو كانت العلة التي يشكو منها خطيرة جداً لا يرجى شفاؤه منها، وهذا شاب في مقتبل العمل يعيش حياة سعيدة ناعمة رضية أصيب بمرض عضال لا ينبغي على الطبيب أن يخبره بحقيقة دائه[4]. ولكن الطبيب ببيانه المعطيات الأساسية للمشكلة وهي المعطيات التي يمكن أن تقدم للمريض العناصر المحددة للاختيار، وهذه المهمة هي مهمة صعبة، فعلى الطبيب أن لا يدلي بالمعلومات الشاملة إذا كان هناك خطر قد يقع من البيان عنها للمريض، فعلى الطبيب أن لا يوضح ويبين المخاطر والأضرار المحتملة والمتوقعة للمريض بطريقة تؤدي إلى خيبة العلاج وفشله، فالغرض من التدخل العلاجي والجراحي ليس بيان مخاطر العلاج، بل هو شفاء المريض واسترداد صحته وإبراؤه من الداء والعلل والعاهات[5].

ومن الجدير بالذكر أنه يقع على عاتق الطبيب والجراح التزامهما بالتبصير اللاحق لإجراء العمل الطبي، فالطبيب ملزم بضرورة الإفصاح للمريض، بعد إجراء العملية الجراحية وبعد إعطاء العلاج بتوجيه وإرشاد المريض بما ينبغي عليه اتباعه من احتياطات دفعاً لبعض العواقب الوخيمة، ولذلك فإن القضاء أدان الطبيب أو الجراح

(1) نقض فرنسي، في 14 فبراير 1973، دالوز سنة 1973 I.R ص86؛ نفس المعنى د. حمدي عبدالرحمن، معصومية الجسد، المرجع السابق، ص56.

(2) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ف13، ص22.

(3) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف50 ص32.

(4) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف56، ص34.

(5) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ف13 ص23.

الذي أهمل في بيان ما يجب على المريض اتباعه بعد إجراء التدخل العلاجي أو بعد تنفيذ العملية الجراحية، مما أدى إلى وقوع ضرر معين بهذا المريض؛ وهذه المسألة لا علاقة لها بالرضا الصريح أو المستتر، ولكن أذكرها في هذا المضمار إكمالاً لفكرة التبصير بصفة عامة.

وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: ((يسأل الطبيب أو الجراح عن إهماله في التبصير اللاحق، حيث إنه بعد استئصال الزائدة الدودية لم يخبر المريض بأنه ترك جزءاً منها وعن أخطار هذا الوضع، مما اضطر المريض الذهاب إلى جراح آخر أجرى له عملية جراحية ثانية أكثر خطورة من العملية الجراحية الأولى[1].

الفقرة الثالثة: نظرية قبول المخاطر

يقصد بقبول المخاطر إقدام المتضرر بحرية مختارة على وضع نفسه في حالة أو ظرف يعلم فيه مقدماً وبصورة تامة طبيعة ومدى المخاطر التي يحتمل أن ينشأ منها ما يصيبه من ضرر[2]. والعلم التام بالخطر ضروري في أية حادثة، ولكن مثل هذا العلم لا يتضمن بالضرورة قبولاً لهذا الخطر وإنما هو دليل على مثل هذا القبول، وأن مبدأ العلم بالمخاطر لا يعني قبوله أن هناك فرقاً بين علم المتضرر بالمخاطر وقبوله لهذه المخاطر، فالعلم بالمخاطر حالة تقوم في ذهن المريض يدرك معها خطورة الموقف الذي يحتم لأن ينجم عنه الضرر، في حين أن قبول المخاطر تعني أن يضع الشخص جسمه فعلاً وبإرادته واختياره في هذا الموقف الذي يدرك خطورته، فالعلم بالمخاطر حلقة متقدمة وسابقة على القبول بها. ويعتبر الشخص قابلاً للمخاطر إذا ما ظهرت هذه المخاطر وتجسمت بصورة خاصة وفقاً للظروف المحيطة بكل حالة على حدة[3].

ولذا فإن العلم بالمخاطر يمكن أن يكون قرينة على قبول الشخص الذي علم بهذه المخاطر. وإذا كانت المهنة الطبية قد دعت إلى إباحتها ضرورة قصوى للغاية هي حفظ كيان الأجسام البشرية ورعاية الصحة العامة، فإن وسائل التدخل العلاجي والجراحي بصورة خاصة تتسع وترحب بمخاطر كثيرة لا بد وأن يتعرض لها المريض من أجل شفائه مما به من داء، وهذه المخاطر على ما تحمله من مساس ببدن الإنسان يبيحها القانون للضرورة الحتمية التي يقتضيها حفظ كيان الأجسام البشرية، وهذه المخاطر والأضرار يتحملها شخص واحد من أطراف هذه العقد، إما الطبيب وإما المريض، ومما لا يدعو إلى الشك أن التفسير المنطقي للإرادة المشتركة بين الطرفين

(1) نقض فرنسي، في 14 شباط (فبراير) 1973، جازيت دي باليه، 1973، 1 ـ 341.

(2) د. علي عبيد الجيلاوي، رضا المتضرر وأثره في المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه من جامعة بغداد، 1988، ص112.

(3) د. علي عبيد الجيلاوي، رضا المتضرر وأثره في المسؤولية المدنية، الرسالة السابقة، ص123.

المتعاقدين الطبيب والمريض ينتهي بنا إلى التأكيد إلى أن المريض هو الذي يتحمل هذه المخاطر والأضرار ما دام قد وافق على التدخل العلاجي أو الجراحي الذي يقوم بإجرائه الطبيب من أجل الوصول بهذا المريض إلى بر الشفاء وتخليصه من العلل والعاهات التي أصابت جسده.

أما في حالة عدم موافقة المريض ابتداءً بهذا التدخل الطبي فإن الأمر يختلف، إذ يتحمل الطبيب أو الجراح جريرة وزر هذه الأضرار والمخاطر المتمخضة عن ذلك التدخل العلاجي أو الجراحي، حتى ولو أن الطبيب أو الجراح لم يخطئ عند إجرائه ذلك التدخل. وتبرير ذلك أن الطبيب أو الجراح بإقدامه على التدخل وإجرائه العلاج أو العملية الجراحية دون أخذ موافقة المريض أو ذويه يكون قد قام بعمل خاطئ غير مشروع، بحيث إنه إذا نجم عن هذا التدخل الطبي لحوق ضرر بالمريض نهضت مسؤولية هذا الجراح أو ذلك الطبيب، ولا يهدم هذه المسؤولية أو يوقفها أو يحد منها أو يخففها في هذه الحالة أن يكون باعث الطبيب أو الجراح من وراء هذا التدخل الطبي إنسانياً نبيلاً يهدف إلى شفاء المريض وتخليصه من علته أو دائه رغم عدم قبوله رفضه لهذا التدخل جملة وتفصيلاً[1]. والسؤال الذي يفرض نفسه هو هل تتوقف مسؤولية الطبيب أو الجراح من حيث وجودها أو عدمها على قبول المريض لمخاطر العلاج أو الجراحة؟ بعبارة أخرى هل أن القبول بالمخاطر من قِبَل المريض يهدم مسؤولية الطبيب أو الجراح؟ في الحقيقة والواقع أن القول بهذا يفترض أن المسؤولية الطبية عن هذه المخاطر كانت أصلاً موضوعة على عاتق الطبيب والجراح قبل رضا المريض بهذا التدخل الطبي، إلا أنها رفعت من على كاهل الطبيب المعالج بعد قبول المريض بهذا العلاج وتلك الجراحة، وبمعنى آخر إن المريض بموافقته على هذا التدخل العلاجي أو الجراحي قد رفع من على عاتق الطبيب المعالج مسؤولية مخاطر تدخله الطبي[2].

ولكن هل من المقبول أن يعطى لهذا الرضا أو القبول بالتدخل العلاجي والجراحي والذي يضطر المريض إليه حكم قبل المخاطر فيعفى الطبيب من المسؤولية؟ يجيب الأستاذ جوسران على ذلك قائلاً: ((الواقع أن من يحلل قضاء المحاكم، يجد أن هذا المبدأ لم تعد له من القدسية ما كان له منذ نصف قرن، فلقد أخذت المحاكم في تقييد مفهومه استناداً إلى فكرة معرفة الشخص لمدى المخاطر التي يعرض نفسه لها، فأعفت اللاعب من المسؤولية عن الأضرار التي يصيب بها من ينازله، وقائد السيارة

---

(1) د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص108.

(2) كورنبرويست، مسؤولية الطبيب أمام القانون والقضاء الفرنسيين، ص438 أشار إليه د. محمد السعيد رشدي في مؤلفه عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص108.

عما يصيب الراكب فيها بغير أجر، والطبيب عما يصيب المريض من مخاطر العلاج، فاعتبرت المشترك في الألعاب الرياضية والراكب في السيارة والمريض، كلاً قد قبل تحمل المخاطر التي ارتضى بتعريض نفسه لها))[1].

ولكن رأي جوسران هذا يمس قاعدة أساسية من قواعد القانون المدني وهي أن سلامة جسد الإنسان ليست محلاً للتعامل به، وبعبارة أخرى سلامة جسم الإنسان لا تعتبر محلاً للتصرفات القانونية؛ فضلاً عن أن فكرة المخاطر تمثل وضعاً وسطاً بين إرادة المتضرر للضرر، ومجرد علمه به. وأن مجرد المعرفة من قبل المريض بالمخاطر المحتملة الناجمة عن التدخل العلاجي أو الجراحي لا يعتبر قبولاً بها وبإرادة حرة مختارة وبالتالي لا تؤثر في مسؤولية الطبيب أو الجراح المدعى عليه، إلا أن العلم بالمخاطر من قبل المتضرر، يمنع لوم المتسبب بإخفاء المخاطر عندما يشكل هذا الإخفاء خطأ بحد ذاته، ناهيك عن أن المريض عندما يوافق على إجراء التدخل العلاجي أو الجراحي ونتائجهما الخطرة وعواقبهما السيئة، فإن إرادته ـ كما أعتقد ـ لا تكون حرة مختارة بالمعنى القانوني المراد بهذه الكلمة، ذلك أن المريض يكون مكرهاً على موافقته على إجراء التدخل العلاجي أو إجراء العملية الجراحية يدفعه في ذلك حالة الضرورة القصوى وهي خلاصه من شدة المرض القاسي، وبناءً على ما تقدم أرى أنه لا يوجد متسعاً في عقد العلاج الطبي لتطبيق فكرة قبول المخاطر بل هنالك فكرة تجاذب بين نظرية قبول المخاطر وعقد العلاج الطبي.

ورغم كثرة الحالات التي يلتزم بها الطبيب أو الجراح بالتبصير، توجد حالات معينة يعفى بها هذا الجراح أو ذلك الطبيب من الإلزام بالمفروض على عاتقه الحصول على رضا المريض الصريح أو المستتر. وهذه الحالات هي:

أولاً: الحالة الخاصة بالمخاطر الاستثنائية للتدخل العلاجي والجراحي

يقع على عاتق الطبيب أو الجراح ـ كما أسلفت التزام بأن يبين للمريض، المخاطر المحتملة أو القضاء ـ استثناءً من رضا المتعاقدين ـ يشترط فيها أن يكون التوضيح والتبصر كاملين[2]؛ ومن هذا ما ورد في التشريع الفرنسي الخاص بنقل

---

(1) جوسران، مقال بعنوان شخص الإنسان في المعاملات القانونية، منشور في جالوز الأسبوعي، 1931، ص103 أشار إليه الدكتور محمد السعيد رضدي في مؤلفه عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص109 هامش رقم 1؛ وأشار إليه كذلك الدكتور الأبراشي في رسالته، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص312.

(2) نقض مدني فرنسي، في 14 نيسان (إبريل) 1961، جازيت دي باليه 1961، 2 ـ 53؛ نقض مدني فرنسي، في 23 مايس (مايو) 1973، جازيت دي باليه، 1973، 2 ـ 883؛ نقض مدني فرنسي، في 9 مايس (مايو) 1983، جالوز الدوري، 1984، ص121 و 122.

الأعضاء البشرية الصادر في عام 1978 وهو ضرورة أن ينتظم التوضيح والتبصير كافة النتائج المنظور المادية والنفسية لنقل الأعضاء، وكذلك الانعكاسات المحتملة للنقل على الحياة الشخصية والعائلية والمهنية للمتبرع، كذلك ينبغي أن يتسع التبصير والإفصاح أو التصريح من جانب الطبيب الجراح النتائج المنتظرة لزرع العضو لدى المتبرع له، بالإضافة إلى هذا، فقد نص قانون الصحة العامة في فرنسا على أنه: يتعين على الطبيب التصريح والتبصير الكاملان في حالة إجراء عملية إجهاض للمريضة، حيث ينبغي على الطبيب أو الجراح القائم بالعملية أن يبين للمريضة (المجهضة) النتائج المتمخضة عن العملية والآثار العلاجية والمضاعفات الجانبية التي سوف تتعرض لها المريضة مستقبلاً، كذلك الخطورة البيولوجية للإجهاض[1].

ثانياً: الحالات غير المتوقعة

قد يظهر للطبيب أثناء قيامه لإجراء الجراحة حالة مرضية معينة تستلزم تدخلاً طبياً جديداً لم يتفق عليه أطراف عقد العلاج الطبي، ولم يحصل الطبيب على رضا المريض بخصوص هذه الحالة المرضية المعنية، ويكون من الصعوبة على الطبيب أن يتوقف عن إجراء العملية الجراحية التي حصل على رضا المريض بإجرائها، وغلق الجرح الخاص بالعملية الأولى ومن ثم إزالة آثار التخدير عن المريض وبعد ذلك تبصيره بهذه الحالة المرضية، كل هذا الجهد لكي يأخذ الطبيب رضا المريض أو رضا أهله أو ذويه؛ وفي مثل هذه الحالة من الجائز للجراح أن يقوم بإجراء العملية الجراحية المقتضية دون رضا جديد من المريض أو رضا أهله وذويه، ما دام قد حصل على الرضا على التدخل الجراحي الأصلي أو الأولي[2]، ذلك لأن الطبيب حينما يقوم بالعلاج، ثم يظهر له أثناء إجراء العملية الأصلية مرض أكثر خطورة لا يحتمل إزالته وعلاجه أي تأخير، ففي هذه الحالة فإن مصلحة المريض تحتم أن تجرى له العملية المقتضاة بشكل فوري ودون تأخير لأنه ليس من المقبول والمعقول أن يتوقف الطبيب عن إجراء العملية لكي يحصل على موافقة المريض أو ذويه، وبعكسه فإنه من المحتمل إن لم يكن من المؤكد ظهور نتائج عكسية ومردودات سلبية لا تخدم المريض وليست من مصلحته. ذلك أن عدم التوقف عن إجراء العملية يمثل حالة مرونة مستحبة في إجراء التدخل الجراحي، حيث إن مصلحة المريض تتطلب ذلك، لأنه ليس من مصلحته أن تجرى له عملية أخرى لاحقة كان من الممكن أن تجرى أثناء العملية الأصلية بيسر وسهولة،

(1) نقض مدني فرنسي، في 17 تشرين ثاني (نوفمبر) 1969، دالوز 1970، ص85.

(2) تعليق سافاتيه على قرار محكمة باريس في 18 ديسمبر 1980، دالوز 1981، ص256.

فضلاً عن الجهد الذي يبذل مرتين والوقت الذي تستغرقه العمليتان لو أجريت واحدة تلو الأخرى.

بيد أن على الطبيب في هذه أن يقدم التبصير والتوضيح اللاحقين على إجراء العملية وذلك بأن يوجه ويرشد المريض أو ذويه ويبين لهما النتائج المتمخضة والجديدة على هذا التطور في العملية الجراحية.

ثالثاً: حالة الضرورة

وهي حالة ما إذا كان المريض في وضع لا يسمح بإعطاء رضائه الصريح الصحيح، ويجابه الطبيب أو الجراح في ممارسة مهنته الإنسانية بقضايا وحالات مرضية معقدة للغاية، وبمرضى يلفظون أنفاسهم الأخيرة أو يتهددهم الموت بين عشية وضحاها إن لم يكن بين لحظة وأخرى، ولا يكون أمامهم أو في مقدرتهم إلا التصرف الفوري والسريع لوقاية المريض أو المصاب من خطر جسيم على جسده وحياته على وشك الوقوع. وتعتبر القوانين في شتى أنحاء العالم حالة الضرورة مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية، فالجراح في هذه الحالة تلجئه الضرورة القصوى إلى إجراء عملية جراحية مستعجلة لوقاية المريض أو المصاب وإنقاذ حياته من خطر مميت دون أن يحصل على رضا هذا المريض أو المصاب الذي قد يكون في حالة غيبوبة، وحالة الغيبوبة تقتضي العلاج العاجل الذي لا يحتمل التأخير حرصاً على سلامة المريض وعدم تعرضه للخطر[1].

وقد يكون الطبيب في حالة ضرورة ملحة عندما يستدعى لإسعاف وعلاج شخص تعرض لحادث ما وكان مغمى عليه ويتعذر الحصول على موافقة ذويه، ويكون إنقاذ حياة هذا الشخص رهناً بسرعة تدخل الطبيب بالعلاج أو الجراحة فهل من المقبول أو المستساغ أن يقف الطبيب مكتوف اليدين ولا يبادر إلى وقاية هذا المريض أو المصاب وإسعافه لأنه لا يستطيع الحصول على رضائه أو رضا من يمثله من أهله وذويه[2]. ففي هذه الحالة يجد الطبيب نفسه أمام مفترق الطريق ويظل حائراً ما العمل وما هو الحل؟ هل يترك المريض وهو في سكرات الموت وينتظر للحصول على موافقة ذوي المريض على التدخل الطبي، وقد يطول انتظاره وينتقل المريض إلى الحياة الآخرة وأهل المريض لا علم لهم بالحادث أو المرض الذي حدث له، في الحقيقة والواقع يكون الطبيب هنا أمام

---

(1) د. سعيد محمد أحمد المهدي، إهمال الأطباء ومسؤوليتهم القانونية، مجلة العدالة في أبو ظبي، العدد الثامن عشر، السنة السادسة، يناير 1979، ص89؛ سمير أورفلي، مسؤولية طبيب التخدير القانونية والمهنية، مجلة المحامين السورية، السنة 50، العدد السابع، تموز 1985، ص909.

(2) د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص114.

حالة صعبة تستلزم تدخله لإنقاذ الشخص المصاب، الذي لا وعي له لكونه في حالة غيبوبة، دون أن يكون بإمكانه أخذ رضا المريض أو أحد من ذويه، ففي هذه الحالة بالذات لا يلزم الطبيب بأخذ رضا المريض وتبصيره، لأن واجب الطبيب العلاج والإنقاذ، وبعكسه يتعرض لعقوبة الامتناع عن الإنقاذ والمساعدة لإحجامه عن القيام بهذه المساعدة التي يفرضها عليه واجب أداء مهمته ومهنته، وفي نفس الوقت يتعذر عليه أخذ رضا المريض الصريح أو المستتير في الوقت الملائم[1]. ففي هذه الحالة بالذات يعفى الطبيب من التزامه بالحصول على موافقة المريض، ولا شك أن مصلحة المريض ذاتها توجب الخروج على القواعد العامة.

ويذهب البعض إلى القول بأن الطبيب أحياناً يقوم بالتدخل الجراحي بالرغم من أن المريض ممتنع عن إجراء هذه العملية، إذا رأى أن في هذا التدخل الجراحي إنقاذاً لحياة المريض، بشرط أن لا يتضمن هذا التدخل الجراحي بتر عضو أو استئصاله من جسد المريض، إذ من حق كل فرد أن يفضل الموت على أن يعيش حياً بعاهة مستديمة[2].

ويذهب الدكتور حسن زكي الأبراشي إلى أن حالة الضرورة تجيز تدخل الطبيب رغم إرادة المريض إذا ظهر أنه يرغب ويفضل الموت على الحياة الدنيا، ففي هذه الحالة يمكن القول بأن المريض فقد حرية اختياره تحت تسلط الباعث الذي يدفعه للانتحار[3].

ومن التطبيقات القضائية على حالة الضرورة ما قضت به محكمة باريس في قضية تتلخص وقائعها في أن طبيباً أخطأ في تشخيص مرض حسبه قرحة أو خراجاً في المعدة فلما فتح البطن تبين له أنه سرطان، فبادر إلى استئصاله فوراً، قضت المحكمة بأن الطبيب لا يكون مسؤولاً حتى إذا استأصل المعدة كلها أو بعضها دون أن يأخذ ابتداء موافقة المريض أو أحد من أفراد عائلته، متى ثبت أنه التزم في إرجاء التدخل الجراحي بالقواعد والأصول العامة في الفن الطبي[4]. وقضت محكمة كويك العليا في قضية تتلخص وقائعها في قيام الطبيب الجراح باستئصال المبايض الملتهبة لمريضه، أثناء قيامه بإجراء عملية الزائدة الدودية، وقالت المحكمة بأن رضا الزوج كان يشمل

(1) د. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد، المرجع السابق، ص222.

(2) ديليت، جان لويس فور، لالو. أشار إليهما الدكتور الأبراشي، في رسالته، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، الرسالة السابق، ص308.

(3) د. حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، الرسالة السابقة، ص308.

(4) باريس الجزئية في 20 فبراير 1946، دالوز عام 1946، ص12 أشار إليه د. محمد السعيد رشدي في مؤلفه عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص115.

استئصال المبايض أيضاً، واستخلصت ذلك من عبارات وردت على لسانه ومن تفسير بعض عبارات العقد وأضافت المحكمة أيضاً أن الجراح كان أمام حالة ضرورة تعفيه من أخذ رضا المريضة[1].

البند الثاني: الرضا الحر بالعلاج

لا يكفي أن يكون قبول المريض بالتدخل العلاجي والجراحي قد تم بناءً على تبصير المريض من قِبَل الطبيب ومعرفته بماهية هذا التدخل الطبي وطبيعته ومخاطره المحتملة والمتوقعة ومضاعفاته الجانبية وعواقبه السيئة التي يمكن وقوعها نتيجة لهذا التدخل فحسب، بل يشترط أن يكون هذا الرضا صريحاً صحيحاً، وخالياً من عيوب الرضا أو عيوب الإرادة المعروفة في نطاق النظرية العامة للعقد وهي (الإكراه، الغلط، التغرير مع الغبن، الاستغلال).

ويلاحظ أن التكافؤ العلمي والفني بين الطبيب والمريض، والمخاطر والأضرار المتوقع حدوثها في التدخل العلاجي والجراحي، والحالة النفسية التي تنتاب المريض، والاضطرابات والآلام المرضية التي يتعرض لها المريض، كل هذه العوامل تبين لنا أن الرضا المشوب بعيب من عيوب الإرادة والصادر من جانب المريض على إبرام عقد العلاج الطبي، يمكن أن يكون له تفسيرات كثيرة متنوعة فإذا حاولنا الرجوع إلى عيوب الرضا في إطار القواعد العامة فإنه من الملاحظ أن عيوب الإرادة هذه يمكن أن تبرز لها بعض التطبيقات في إطار عقد العلاج الطبي، في حين أن عيوباً أخرى من الصعوبة بمكان إن لم يكن من المستحيل تصور وقوعها في نطاق هذا العقد الذي لم ينظم الشرع أحكامه وقواعده.

وقد استقر الفقه والقضاء على حرية المريض في اختيار التدخل العلاجي والجراحي أو رفضه، كمبدأ عام، تأكيداً لاحترام إرادته وحقوقه على جسده، فقد أقر القضاء هذه الحرية منذ زمن طويل إذ اشترط ضرورة توفر رضا المريض أو من يمثله من أهله وذويه، في بعض الأحيان، قبيل إجراء التدخل العلاجي أو الجراحي، ولا يستطيع الطبيب المعالج أو الجراح أن ينفذ إجراء العلاج أو إجراء العملية الجراحية بالقوة في حالة رفض ويكون له كذلك أيضاً في كل لحظة حرية العدول عن رضائه بالتدخل الطبي. ويبني رجال الفقه ضرورة توافر رضا المريض الحر بالتدخل الطبي، على أن المريض إنسان له حق على جسده وصحته وهو من حقوق الشخصية التي لا يجوز

(1) كويك في 14 مارس 1930، المجلة الفصلية سنة 1930، ص537 أشار إليه د. عبدالرشيد مأمون في مؤلف عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص46 هامش رقم 1، وأشار إليه د. الأبراشي في رسالته مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص322.

المساس بها إلا برضائه الحر غير المشوب بعيب من عيوب الإرادة، وكل اعتداء على تكامله الجسدي يعتبر اعتداءً على حريته وحقوقه الشخصية يوجب مسؤولية مقترفه إلا إذا كان بإمكانه الحصول على رضاه أو رضا من ينوب عنه[1].

ولكن قد يعيب الإرادة عيب لا يصل إلى حد انعدامها، بل تتوافر لها مقومات الوجود ولكنها صدرت مشوبة بعيب من عيوب الرضا ففي هذه الحالة يقع العقد موقوفاً على إجازة المتعاقد الذي شاب إرادته ورضاه هذا العيب، إذ الوضع لا يختلف في هذا النطاق عن القواعد العامة في نظرية العقد في القانون المدني، وتوقف العقد هذا في القانون المدني العراقي والفقه الإسلامي أما في الفقه الغربي فإن نظرية توقف العقود لا وجود لها بل توجد في الفقه الغربي نظرية البطلان النسبي[2].

ومن أهم عيوب الرضا التي تثير نقاشاً هو الغلط[3]، حيث إن أمره أكثر صعوبة من غيره، فمن المتصور في حالات نادرة أن يقع المتعاقد المريض في عقد العلاج الطبي في غلط بخصوص شخص المتعاقد الآخر وهو الطبيب، إذ قد يبرم مريض أو نائب عنه عقداً طبياً مع أحد الأطباء معتقداً أو متهماً أنه طبيب ذو اختصاص ومهارة، ثم يظهر بعيد ذلك أن هنالك غلطاً في شخص المتعاقد الطبيب،ويتبين أن هذا الطبيب ليس اختصاصياً وإنما هو طبيب ممارس ما زال في بداية حياته الطبية ففي مثل هذه لحالة من الجائز إبطال عقد العلاج الطبي الغلط، وعلى الخصوص أن عقد العلاج الطبي من العقود الخاصة التي تعين أن يراعي فيها الاعتبارات الشخصية البحتة، حيث تعتبر شخصية الطبيب محل اعتبار حين إبرام عقد العلاج الطبي[4].

يرى البعض[5] أنه من المستحيل أن يتصور وقوع الغلط في عقد العلاج الطبي فالمريض الذي يخدع في طبيعة مرضه أو في طريقة أو أسلوب التدخل العلاجي أو الجراحي المطلوب لعلاج هذا النوع من المرض أو الداء أو العاهة أو العلة بعد أن قام الطبيب بالإدلاء بالمعلومات على خير ما يرام وبيّن له على أحسن الوجوه توضيحاً تاماً وكاملاً للعلاج أو الجراحة المطلوبين ومخاطرهما وآثارهما وأضرارهما وعواقبهما

(1) د. أسامة عبدالله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، القاهرة 1987، ف141، ص168؛ د. وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص427 والمصادر التي أشار إليها.

(2) أستاذنا المغفور له د. غني حسون طه، القانون المدني الكويتي بين نظرية الفقه الإسلامي في توقف العقود ونظرية الفقه الغربي في البطلان النسبي، مجلة الحقوق والشريعة الكويتية، السنة الثانية، العدد الثاني، يونيو 1978، ف1 ص146 وما بعدهما.

(3) نحيل القارئ بشأن الأهلية وعيوب الرضا الأخرى على القواعد العامة، حيث لا جديد فيها في نطاق عقد العلاج الطبي.

(4) يكون العقد في هذه الحالة موقوفاً وفقاً للقانون المدني العراقي (مادة 118 مدني).

(5) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف19 ص28.

السيئة التي من الممكن وقوعها والتي تخلفت نتيجة لهذا التدخل العلاجي أو الجراحي، هذا المرض لا يقبل منه بعد ذلك أن يدعي أمام القضاء بالغلط الذي وقع فيه؛ وهذا الأمر حسب وجهة نظر القائل به مستقر عليه فقهاً وموضح بشكل كامل.

ونحن لا نأخذ بهذا الرأي، لأن فكرة الغلط هنا أقرب إلى أداء الفكرة الصحيحة وأقرب إلى العدالة ويحقق مصلحة المريض باختياره لطبيب اختصاصي ذي خبرة ومهارة فائقتين، فضلاً عن أن عقد العلاج الطبي من العقود الخاصة التي ترد على كيان الجسم البشري، وينتظم اعتبارات شخصية بحتة ويقوم على الثقة المتبادلة بين أطرافه[1].

(1) سوف نتطرق لاحقاً إلى تطبيقات الغلط في الباب الثالث عند بحث صور الخطأ الطبي.

الفصل الثاني
الخطأ باعتباره إخلالاً بالالتزام الطبي

﴿ فَأَمَّا ٱلزَّبَدُ فَيَذۡهَبُ جُفَآءٗۖ وَأَمَّا مَا يَنفَعُ ٱلنَّاسَ فَيَمۡكُثُ فِي ٱلۡأَرۡضِۚ ﴾(1)

الخطأ بوجه عام، هو الانحراف عن السلوك الواجب، أو هو التصرف الذي لا يتفق مع الحيطة التي تقضي بها الحياة الاجتماعية.

أما الخطأ الطبي على وجه الخصوص، فهو عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته؛ فالأصل أن أي شخص يباشر مهنة تستلزم دراسة خاصة، يعتبر ملزماً بالإحاطة بالأصول العلمية التي تمكنه من مباشرتها، فيعد مخطئاً إن كان غافلاً عنها(2).

وأخطاء الأطباء تتشابه في كل زمان وإن تباينت أسماؤها وذلك لأنها تنصب على مكان واحد هو أعضاء جسم الإنسان، ومن هذه الأخطاء تجاوز الموضع المعتاد كعلاج الطبيب عضواً لا يحتاج إلى علاج، وتركه العضو المحتاج إلى ذلك العلاج، أو علاجه موضع الألم مع تعديه إلى موضع آخر مما يفسده، أو قلع سن اعتقد الطبيب أنه السن المقصود بالألم أو السن المعطوب(3).

وفي العصر الحالي تقدم الطب بحكم التقدم التكنولوجي، وتطور أساليبه فتوسعت تبعاً لذلك دائرة الأخطاء، وأدى اهتمام الإنسان بحياته وسلامة أعضائه إلى الاهتمام بهذه الأخطاء ومقاضاة مقترفيها، وإذا كانت أخطاء الأطباء في الماضي نادرة ومحدودة بسبب ندرة وضيق التقنية الطبية وتأخر وسائل العلاج، وعدم التوسع في علم الطب والتقدم الطبي ووسائله، فإن التطور الطبي الحديث رغم فوائده الجمة أدى إلى زيادة الأضرار التي يتعرض لها المرضى، بسبب عدم قدرة بعض الأطباء على استخدام وسائل التقنية الطبية استخداماً صحيحاً(4). فكلما تضاءل الطابع الحدسي أو التجريبي في عمل الطبيب، بازدياد المكتشفات العلمية والطبية ورسوخها وانتشار الوسائل الفنية وتطورها، كلما زادت فرص نجاحه سواء في حقل تشخيص المرض وعلاجه أو في نطاق

(1) سورة الرعد، آية (17).

(2) د. حسن زكي الأبراشي، المرجع السابق، 118؛ د. وديع فرج، المرجع السابق، ص397؛ د. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص363.

(3) د. عبدالرحمن بن حسن النفسية، مسؤولية الأطباء، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الثالث، السنة الأولى، الرياض 1990، ص176.

(4) د. عبدالرحمن بن حسن النفيسة، المرجع السابق، ص177.

العمليات الجراحية. وحينما تصبح فرص النجاح كبيرة بالنسبة لأمر ما فإن من الطبيعي أن تبدو الخيبة عندئذ ظاهرة غريبة تثير الشك وعدم الرضا والتساؤل[1]. ولذلك يحدو المرضى وأقاربهم من الذين لحق بهم الحيف عامل دفع متزايد ومتنام لأن يتابعوا دعاواهم ضد الأطباء ومساعديهم وضد إدارات المستشفيات، فإذا قصر الطبيب في بذل الجهد والمساعي المطلوبة منه أو إذا أخطأ ولو عن غير عمد، أو إذا أهمل أو تجنب الحيطة والاحتراز، أو إذا أبدى جهلاً بيّناً بالحقائق العلمية الثابتة المستقرة، ألا يمكن مساءلته عن هذه الأخطاء؟

ويشهد علم الطب تقدماً ملحوظاً في أيامنا هذه، فقد اتسعت أمامه آفاق المعرفة، بصورة مذهلة، حيث حدثت وثبات كبرى إلى الأمام، تجسدت في صورة القضاء على الداء والأوبئة والعلل العديدة، التي لولا علم الطب والعلماء من الأطباء، لفتكت بالبشر فتكاً ذريعاً، مثل السل والأمراض الزهرية والجدري. ووصل الفن الطبي الجراحي إلى أعماق القلب وثنايا المخ والمخيخ، مما كان تصوره أو مجرد التفكير فيه من ضروب الخيال إلى سنوات خلت. وفي خضم هذه التطورات، وتلك الانتصارات، التي تحققت لعلم الطب ولفن الجراحة ولعلماء الأطباء، من أجل القضاء على الأوبئة والعلل والأسقام، ومن منطلق هذه الانتصارات، طبقاً لتلك التطورات، فإنه يفترض أن تتناقص وتتلاشى دعاوى المسؤولية الجنائية والمدنية التي ترفع ضد الأطباء، وهذا ما يجب أن يكون، ولكن ما هو كائن على نقيض ما هو موجود فعلاً، حيث أثبت الواقع القضائي، تزايد حالات الإهمال الطبي، وتفاقم عدد الدعاوى الموجهة ضد الأطباء والجراحين. فقد توصل التطور الطبي إلى أجهزة فنية شديدة التعقيد بحيث يصعب أحياناً استخدامها، وأبيح للأطباء استعمالها، ولذلك فقد انحسر دور الطبيب الفرد في حياة المريض، ليحل مكانه الفريق الطبي الجماعي، لأن هذه الأجهزة الفنية المعقدة تتطلب تعاون عدد كبير من الأطباء في جميع الاختصاصات، وتنطوي إدارة هذه الأجهزة والسيطرة عليها، على قدر كبير من المخاطر، ينجم عنها تنامي عدد حالات المسؤولية الطبية. وقد رافق هذا التطور، تحول في نظرة الناس إلى الأطباء، باعتبار أن تطور العلوم الطبية وتقدم الوسائل الناجعة والناجحة، جعل من غير المتصور، حدوث الأخطاء والإهمال وقصور الوسائل التي كان من الممكن تقبلها في السنوات التي خلت. وهكذا لم يعد مريض اليوم يؤمن بفشل الطبيب؛ بل يبني آمالاً في نظره أنها مؤكدة في نجاح العلاج أو العملية الجراحية، ولذلك فمريض اليوم يرفض الاستسلام للقضاء

(1) د. محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثالثة، العدد الأول، جامعة الكويت 1979، ص8.

والقدر، بل لقد خلط عن علم وإدراك بين حقه في الرعاية وحقه في الصحة والضمان والشفاء، ذلك أن التطور الطبي، يمثل في الوقت الحاضر منعطفاً خطيراً وعلى قدر كبير من الأهمية في تاريخ الطب، فلقد صار طبيب اليوم، هو سيد الشفاء والمرض، فإطالة الحياة بالأساليب الصناعية (الإنعاش الصناعي) قد استرعى الانتباه نحو ضرورة وضع معيار جديد للوفاة، ولم يكتف أطباء اليوم باستقطاع الكلى وغرسها، وغيرها من الأعضاء البشرية، بل نجحوا نجاحاً باهراً في إحياء الأجنة خارج رحم الأمهات للتغلب على المشاكل المزمنة الخاصة بعقم المرأة، صار هناك الكثير من الأدوية التي ثبت نجاحها وفاعليتها في علاج العلل المزمنة والمستعصية، وقد يكون لها آثار جانبية على قدر كبير من الخطورة. ولا ريب في أن كل تقدم وتطور طبي حديث تنجم عنه مخاطر جديدة، ووفقاً لذلك تبرز حالات مستحدثة من المسؤولية الطبية، فمع بداية استخدام أشعة إكس تخلف عنها حدوث إصابات جلدية، ومن ثم بروز سبب جديد لنهوض المسؤولية الطبية، ومع تطور فن العمليات الجراحية، وتعقد الأساليب الفنية الخاصة بها، نشأ عن ذلك، سهولة ويسر إجراء عملية فتح البطن، مما يتمخض عن ذلك نسيان بعض الأشياء فيها، كضمادات أو أدوات الجراحة؛ وعلى صعيد طب التخدير، فقد توصل العلم الطبي إلى ما يسمى، بالتخدير الكلي، الذي ينجم عنه أحياناً بعض الحوادث، من شلل أو إغماء أو انفجار الجهاز ذاته، مما يعرض المرض إلى أضرار بليغة؛ وفي ميدان تشخيص الأمراض، تنطوي ممارسة أساليبه على قدر من المخاطر، فتصوير الشرايين بالأشعة وتشريح الأوردة وأخذ جزء من أنسجة المريض لفحصها مجهرياً وغيرها من الأساليب تنطوي جميعها على قدر كبير من المخاطر الجسيمة أو المميتة؛ وعلى صعيد الأدوية، فإن أغلب هذه الأدوية أصبح أكثر فاعلية، وسبب ذلك ازدياد نسب السموم الخاصة بها، وعلى سبيل المثال فإن مرض الالتهاب السحائي الدراني أصبح ممكن الشفاء بواسطة المضادات الحيوية، وهذه الأخيرة ينم عنها، بعض الآثار الجانبية، فالمضادات الخاصة بهستامين الدم ومركبات السيلاميد أو الكلرومفينكول قد تصيب الدم بزيادة نسب القلوية فيه. ومن الصعوبة في ظل المخاطر الدوائية، أن نحدد ما إذا كان سبب الوفاة يرجع إلى الحالة المرضية التي أتى المريض لمعالجتها أم العلاج الذي وصفه الطبيب.

ويتحلى أطباء اليوم بروح الإقدام والمبادرة في نضالهم المستمر ضد العلل والأمراض المستعصية فهم يتعرضون لكثير من المخاطر نتيجة لاستخدامهم للأساليب الفنية المعقدة، فالداء والمرض الذي كان ميؤوساً من شفائه في الماضي، أضحى قابلاً للعلاج في الوقت الحاضر، ويستعين الأطباء، وهم بصدد علاجهم لهذا الداء أو لتلك

العلة الميؤوس من شفائها بكثير من الأساليب، التي قد ينجم عنها مخاطر كثيرة أو عواقب وخيمة أو آثار سيئة، وبالتالي يزداد احتمال تعرضهم للمؤاخذة القانونية، لذا فإنه يتعين على القضاء، أن يراعي غايتهم الإنسانية النبيلة، وذلك بالقدر الذي تكون فيه هذه المخاطر ضرورية، وهدفها هو مصلحة المريض ذاته، وبعكس ذلك، قد يتأخر الطب وأن الأمراض والداء والعلل التي يمكن الشفاء منها في الوقت الحاضر، قد تصبح مستعصية، وأن التقدم والتطور الذي شهده العلم الطبي، والذي قهر المرض، قد يتوارى بين عشية وضحاها؛ ونظراً للتحولات الاجتماعية، فإن المرضى الذين كانوا في الماضي لا يفقهون شيئاً عن ممارسة مهنة الطب، نظراً لطابعها التقديسي، في الماضي؛ فقد تغير الحال، ولم يبقَ كما كان عليه في السنوات الخالية، ففي وقتنا هذا ارتقت الثقافة، وتقدمت وسائل الإعلام، التي تنقل إلينا كل ما هو مستحدث في عالم الطب والأطباء؛ ونظراً للتقدم الطبي الهائل، فإن هؤلاء المرضى يصابون بصعقة كبيرة، إذا عز الشفاء وتدهورت حالتهم المرضية، ولذلك فإنهم لا يترددون ـ كما كان حالهم في الماضي ـ في ملاحقة الطبيب، الذي لم ينجح في علاجهم من الأمراض، ويعتقدون أن الضرر الذي لحق بهم كان نتيجة لخطأ الطبيب، وهو إنسان مدرك لما يفعل، لذلك فإن القانون يفرض عليه بأن يكون يقظاً في ممارسة مهنته وإلا تعرض للمساءلة القانونية.

بعد هذه الكلمة التمهيدية العامة نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نعقد الأول منهما لدراسة طبيعة الخطأ الطبي، ونفرد الثاني لبحث طبيعة التزام الطبيب[1].

(1) تناولت طبيعة التزام الطبيب في هذا الفصل نظراً لترابطه وانسجامه مع خطأ الطبيب.

المبحث الأول
طبيعة الخطأ الطبي

باستقراء نصوص قوانين مزاولة مهنة الطب وأخلاقياتها في فرنسا ومصر والعراق لم نعثر على نص يقرر مسؤولية الأطباء المدنية الناجمة عن أخطائهم أثناء ممارستهم لمهنتهم، أو يتعرض لبيان الخطأ في حقل الأعمال الطبية، تاركين ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء، بينما اقتصرت النصوص على بيان واجبات والتزامات الأطباء، دون وضع الجزاءات المدنية في حالة الخروج عليها أو الإخلال بها، مما حدا بالقضاء على تطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية على الأطباء، شأنهم في ذلك شأن جميع الأفراد من أرباب المهن الأخرى، كالصيادلة والمحامين، والمهندسين، ومن على شاكلتهم.

وأمام هذا النقص والقصور التشريعي، سواء من جانب المشرع، أو نقابة الأطباء، نجد لزاماً علينا البحث عن معيار للخطأ الطبي في إطار الأعمال الطبية، يكون أساساً لمسؤولية الأطباء المدنية.

ورغم أن الخطأ الطبي يخضع للمعيار العام في تحديد الخطأ في المسؤولية المدنية، إلا أن الطبيعة الخاصة والفنية للعمل الطبي، وما ينطوي عليه من صعوبات مردها التقدم العلمي والطبيعة المبهمة والغامضة للجسد البشري، تثير التساؤل حول مفهوم الخطأ الطبي وخصائصه من جهة، وصور وتطبيقات هذا الخطأ من جهة أخرى.

ينطبق مبدأ التقصير أو الإهمال على سلوك جميع الأفراد سواء أكانوا أفراداً عاديين أم متخصصين، بالإضافة إلى ذلك تنطبق بعض المعايير الأخلاقية على أصحاب الاختصاص. فكلما أعطي لأحد الأفراد امتياز، تم تحديد واجبات والتزامات إضافية له، ولا يستثنى من ذلك الطبيب أو الجراح الذي حالما تمنح له إجازة مزاولة المهنة ويحصل على تسجيل أو انتماء نقابي يسمح له بصرف الأدوية ويقع عليه واجب وصف الأدوية بشكل صحيح لأغراض الاستعمال من قِبَل المرضى، وعكس ذلك يعتبر انتهاكاً للواجب الذي تم لأجله إصدار الإجازة. والإهمال يعني انتهاكاً مما يؤدي إلى حدوث أضرار مادية كانت أو شخصية وبالتالي يترتب عليه تعويض الضرر الذي لحق المريض. ويطلب من كافة الأطباء المجازين بذلك مستوى عالٍ من العناية أثناء إنجاز مهمتهم، فالطبيب كخبير في علم الطب وفنه، يجب أن يبذل درجة أعلى من العناية أثناء معالجة المريض، فالواجب الملقى على عاتق الطبيب ناجم عن المستوى أو المركز

المهني الممنوح للطبيب الخريج، فالمعايير الحالية التي يحكم بها سلوك الطبيب تجاه المريض تقيم بموجب تلك الدرجة من العناية التي يقدمها الأطباء ضمن نفس التخصص الذي يمارسونه تحت نفس الظروف أو ما يشابهها، ولم يعد استعمال ((قاعدة المحلة)) الصارمة عذراً لممارسة نوع رديء من الطب، فقاعدة ((معايير المجتمع)) تشير الآن إلى ((جماعية التخصص الطبي)) الذي يمارسه الأطباء[1].

وسوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة فروع، نعقد الأول لبحث ماهية الخطأ وتحديد فكرته ومعياره، ونخصص الثاني لدراسة الخطأ العادي والخطأ الفني ونفرد الثالث للكلام عن الخطأ الجسيم واليسير.

الفرع الأول: ماهية الخطأ الطبي وتحديد فكرته ومعياره

لا يفرق الفقه الحديث، بين تعريف الخطأ العقدي والخطأ التقصيري، فالخطأ في نوعية المسؤولية هو تقصير في مسلك الإنسان لا يقع من شخص يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول[2].

وعلى ذلك يمكن تعريف الخطأ الطبي، بأنه تقصير في مسلك الطبيب، لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل أن كل ((خطأ)) يصدر عن الطبيب يكفي لنهوض مسؤولية؟ يقول الأستاذ العميد ((سافاتيه)) إن الإجابة عن هذا التساؤل تتوقف على المعنى الذي نعطيه لكلمة ((خطأ)). وللإجابة عن هذا التساؤل أهمية خاصة في هذا المجال، حيث يوجد في القضاء الفرنسي تياران متعارضان، الأول: يقول إن الطبيب لا يسأل إلا عن الخطأ الجسيم أو الخطير أو الفاحش أو الخطأ غير المقبول أو غير المغتفر. أما التيار القضائي الثاني فإنه يرى بأنه يسأل الطبيب، وخصوصاً فيما يتعلق بمسؤوليته التقصيرية، عن ذلك الخطأ الذي يصدر عنه بغض الطرف عن درجته أو جسامته، فالخطأ مهما يكن، سواء ضئيلاً أو تافهاً يكفي لنهوض مسؤولية الطبيب المدنية، وبالتالي إلزامه، بتعويض الأضرار الناشئة بسبب هذا الخطأ اليسير أو التافه[3].

(1) Gradwohl's Legal medicine, Third Edition Bristol: John wright and Sons. LTD, 1976, p. 419

(2) مازو ـ تانك، المسؤولية، ط6، ج1، المرجع السابق، ف669؛ د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص38؛ د. محمود جمال الدينزكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف4 ص18؛ د. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، مضمون الالتزام العقدي، المطبعة العربية الحديثة، 1976، ف1 ص3؛ د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف112، ص140؛ د. هشام فرعون، المسؤولية الطبية المدنية، جنيف 1961، ص62.

(3) أستاذنا د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف595، ص348.

فالقانون لم يستثن الطبيب من المسؤولية عن خطأه مهما كان يسيراً، كما أن حاجة الأطباء إلى الطمأنينة والثقة والحرية في ممارسة أعمالهم لا يمكن أن تلغي حاجة المريض إلى الحماية من أخطائهم وحقه في التعويض عن الأضرار الناجمة عن هذه الأخطاء، فحيث إن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة، فلا يتمتع الأطباء باستثناء خاص[1].

وحيث إنه لا فرق بين الخطأ التقصيري والخطأ العقدي، وإن الفقه الحديث لم يعترف بالتفرقة بين هذين الخطأين التي يقول بها الفقه القديم، فإن خطأ الطبيب الذي يعالج المريض بمقتضى العقد المبرم بينهما يقدر بنفس الأسلوب الذي يقدر به خطأ الطبيب الذي يعالج مريضه من دون عقد[2].

إن تحديد طبيعة خطأ الطبيب ومتى يكون قد اقترف خطأ ومتى لا يكون قد ارتكب أي خطأ، من المسائل الجوهرية في المسؤولية الطبية، فالخطأ أو التقصير الطبي يقع من قِبَل الجراح أو المعالج بطريقتين، أما أن يخطئ في العناية التي وضعها المشرع على كاهل الناس كافة، وفي هذه الحالة تثور مسؤوليته المدنية بمقتضى القواعد العامة في القانون المدني، فيسأل عن كل خطأ أو تقصير أو إهمال ارتكبه بغض الطرف عما إذا كان هذا الخطأ جسيماً أو يسيراً جداً (تافهاً)؛ أن يخطئ أو يقصر أو يهمل في اتباع القواعد والطرق والأساليب العلمية التي تخص عمله أو مهنته، وفي هذه الحالة الأخيرة يطلق على الفعل أو الخطأ الذي ارتكبه الطبيب ما يسمى بالخطأ المهني أو الفني، ويقول البعض أن الطبيب لا يسأل عن هذا النوع من أنواع الخطأ إلا إذا كان جسيماً؛ ومن هنا عادت فكرة الخطأ الجسيم من جديد إلى الحياة بمناسبة المسؤولية الطبية، بعد أن هجرها الفقه منذ زمن ليس بالقريب[3].

---

(1) د. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ف15، ص34؛ د. السنهوري، الوسيط، ج1، 1964، ف548، ص932؛ د. حسين عامر، المسؤولية المدنية، التقصيرية والعقدية، ط1، 1956، ف274، ص241؛ د. سليمان مرقس، مسؤولية الطبيب ومسؤولية إدارة المستشفى، المرجع السابق، ص159.

(2) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف112 ص141.

(3) من هذا الرأي: بودان، شرح القانون المدني الفرنسي، العقود والالتزامات، ف1187؛ ديموج، ج3، ف264؛ سافاتيه، ط2، ف790، مشار إليهما في كتاب أستاذنا الذنون المبسوط في المسؤولية المدنية، ج2، المرجع السابق، ف578 ص338؛ د. شفيق الجراح، المسؤولية الطبية المدنية، مجلة المحامين السورية، السنة 32، العدد 4، مطبعة العروبة، دمشق، نيسان 1967، ص157، حيث يقول: (... فهناك عدد من المؤلفين يقدر عندما يبحث في مسؤولية الطبيب: بأنه من الواجب إجراء التمييز الرئيس التالي ((إما أن يكون الطبيب قد أخلّ بقواعد الاحتراز التي تفرض نفسها على كل شخص كائناً من كان، ولذلك فالطبيب يكون، في هذه الحالة، مسؤولاً حسب القواعد العامة التي يفرضها القانون بحيث يكون كل خطأ يرتكبه الطبيب مهما قلّ شانه يلزمه بالتعويض، وإما أن يكون الطبيب قد أخل بالالتزام بالقواعد ذات الصفة العلمية التي اختصها الفن الطبي ورسم مبادئها فيقال عن خطيئته عندئذ بأنها (مهنية) وهو لا يسأل فيها إلا عن خطأه الجسيم، وفقهاء مبدأ التمييز هم بودان وريموغ وسافاتيه.

بيد أن هذه التفرقة تؤدي أثناء التطبيق العملي إلى ظهور معضلة عويصة هي صعوبة التفريق بين الخطأ أو التقصير في العناية المفروضة على الناس كافة (الخطأ العادي) وبين الخطأ أو التقصير في اتباع القواعد والطرق والأساليب العلمية المتصلة بمهنة الطبيب (الخطأ الفني)، رغم سهولة معرفة خطأ الطبيب الذي يقوم بإجراء تداخل جراحي وهو ثمل، فخطأه هذا خطأ عادي لا ريب فيه، ومن السهل كذلك معرفة خطأ الطبيب الذي يقترف خطأ في تشخيص طبيعة علة المريض وأسقامه بأنه خطأ فني أو مهني؛ ولكن، كما يقول أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، ((هناك إلى جانب هذه الحالات البينة الواضحة، حالات كثيرة يدق فيه الأمر ويثور الجدال والنقاش حول طبيعتها)). بالإضافة إلى ذلك، فما هو السبب وما هي الحكمة من هذه التفرقة التي لا داعي لها، وعلى أي مرتكز من المنطق أو من العدالة تؤسس وتقام هذه التفرقة؟ لماذا لا يسأل الطبيب وهو يزاول مهنته ويقوم بعمله الطبي إلا عن الأخطاء الجسيمة، في حين يسأل غيره عن كل خطأ يقترفه مهما كان مقداره[1] ضئيلاً أو جسيماً.

وقد قيل في تبرير هذه التفرقة، أن السبب في ذلك هو توفير معين من الحماية والطمأنينة وحرية العمل الفني والممارسة العلمية حتى لا يكون الطبيب في خوف دائم وقلق نفسي من جراء التفكير المطرد من عواقب عمله الفني أو العلمي، فالطبيب يهاب من شبح المسؤولية، وما هي إلا سيف مسلط على رقبته، وتحيط به وتأخذ بتلابيبه عن كل خطأ يقترفه، فيؤدي ذلك القلق وهذا التفكير إلى تردده وزعزعة إرادته في كل عمل يقدم عليه ويصرفه عن إتقان صنعته ويحول بينه وبين العمل على الرقي والتقدم.

ويعلق أستاذنا الدكتور الذنون على هذه التبريرات بالقول: ((وهذا التعليل، كما نرى مقبول إلى حدٍ ما، ولكنه تعليل من ينظر إلى المسألة من زاوية واحدة ويسد بصره عن النظر إليها من زاويتها المقابلة الأخرى، هناك شخص مريض وضع حياته ومصيره بين يدي هذا الطبيب المعالج أو هذا الجراح والأمل يملأ نفسه في أن هذا الطبيب أو الجراح سوف يبذل في سبيل إنقاذه كل ما في وسعه مستعيناً بكل ما وفره له العلم من وسائل وطرق، ويتحتم علينا أن لا نترك هذا المريض، وهو أولى بالرعاية، تحت رحمة طبيب مهمل مستهتر يتخذه حقلاً لتجاريه ومختبراً لتحليلاته وهو آمن مطمئن إلى عدم مسؤوليته ومؤاخذته إلا عن هذا الخطأ الجسيم الذي يريدون قصر محاسبته عليه وحده. إننا في قضية من قضايا المسؤولية المدنية (عادية كانت أو فنية مهنية) أمام

(1) أستاذنا د. الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج2، المرجع السابق، ف579، ص337؛ وقارن أستاذنا الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف22 ص15.

تعارض مصالح وتضارب حقوق، ولا يكون تحديد من تقع عليه المسؤولية إلا بتضحية المصلحة الدنيا لتحقيق المصلحة العليا، ولا ريب عندي في أن جسم المريض وحياته أكبر أهمية وقدراً من هذه الحرية (السائبة) التي يريد أنصار هذا الفكر إغداقها على الطبيب))[1].

أما تحدي فكرة الخطأ فقد انتهينا منها، ونضيف، أنه يمكن القول بأن كل خطأ يفترض الحد المسبق لقاعدة من قواعد السلوك الواضحة والمحددة، وتفرض هذه القاعدة على الأفراد تنظيم أمورهم على نحو محدد، ثم يقوم أحد الأفراد بالخروج على هذه القاعدة، وهذا طبقاً لما يقول ((بلانيول)) من أن الخطأ هو خروج على التزام سابق، بموجب العقد، وبمقتضى بند من بنوده، ويفرض القانون جزاء الإخلال بهذا العقد؛ فإذا كان الالتزام مفروضاً ومحدداً من قِبَل المشرع فإنه يكون بشكل نظام موجه إلى جميع الأفراد أو الأشخاص المكلفين لاتباعه بكل حذر ويقظة عند ممارستهم لحقوقهم أو تنفيذهم لالتزاماتهم[2].

ولعل المشكلة الأساسية أو المسالة الجوهرية التي تدور حولها المسؤولية الطبية برمتها في دراسة الخطأ هي تحديد نطاق أو مجال اليقظة والحذر، وبكلمات أخرى، تحديد معيار الخطأ وإلى أي حد يمتد نطاق ذلك الحذر وهذه اليقظة، وبعبارة أخرى أدق يتعين علينا تحديد المعيار الذي نعتمد عليه في سبيل معرفة ما إذا كان سلوك فاعل الضرر حذراً ويقظاً من عدمه.

فهل يكون معيار الخطأ شخصياً بحتاً، بحيث تتم مساءلة الطبيب في ظل وضعه الشخصي كتحصيله العلمي، وتدريبه العملي، ومهارته، وخبرته المكتسبة، ودقة ملاحظته، وما شاكل ذلك من المعايير الشخصية الأخرى؛ أن يكون المعيار موضوعياً محضاً بحيث ينظر إلى من هو في مستواه ودرجته، وهل كان يتصرف بمثل ما تصرف به؟

وفي هذا الإطار أي في إطار فهم الطبيب، وعلمه، ودرايته، واختصاصه، يرى البعض[3] أنه عند تقدير خطأ الطبيب يتعين أن يراعى في ذلك، أن الأطباء يقسمون إلى ثلاث طوائف: الأولى وهي فئة الطبيب العام، والثانية وهي طائفة الطبيب الاختصاصي وهو الطبيب الحاصل على المؤهل الخاص والفحص اللازم لمزاولة مهنة الطب في

(1) نقلاً عن أستاذنا الذنون، المبسوط، ج المرجع السابق، ف579 ص338.

(2) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف99 ص127 و128.

(3) نزار عرابي، مسؤولية الطبيب عن خطأه في التشخيص، مجلة المحامين السورية؛ العدد الثاني، السنة 48، شباط 1983، ص126.

اختصاص معين وفي نوع محدد من الأمراض التي يقوم بعلاجها؛ والثالثة وهي صنف الأطباء المستشارين وهو الطبيب الحاصل على درجة الدكتوراه ويشغل عادة منصباً علمياً ((أستاذ جامعي)) وهذا التقسيم يتماشى مع الأخذ بالتقدير الشخصي الواقعي، وأن أحداً لا يلتزم بأن يبذل من العناية أكثر مما تتحمله طبيعته وثقافته وخبرته الشخصية، ويؤخذ بالتقدير الشخصي أو الواقعي للطبيب ودرجة تجربته في تقدير التعويض، وبالتالي ينبغي أن يلاحظ عند تمثيل الرجل الحريص الذي يقارن بتصرفه تصرف المدعى عليه أن يوضع هذا الرجل في مكان المسؤول ومهنته ومركزه[1].

ولكن الأصح أن يكون معيار الخطأ موضوعياً، فإذا كان الطبيب عاماً تمت مساءلته مقارنة بما يفعله طبيب عام في درجته ومستواه متى واجه نفس الحالة التي واجهها هذا الطبيب الذي يراد إلقاء المسؤولية على عاتقه. ولكن ذلك لا يعني إغفال أو ترك ظروف كل قضية وملابساتها الخاصة؛ فإذا قام طبيب متسرع بعمل جراحي لمريض في غير ظروف الضرورة والاستعجال، دون استشارة زملائه أو من هو أعلى منه، أخذ ذلك بعين الاعتبار عند تقدير مسؤوليته، وإذا كان تحصيله العلمي في جامعة تتساهل في دراسة الطب كنقص المدة، أو ضعف مناهج الدراسة أو قلة التدريب وضعفه، أخذ ذلك بعين الاعتبار أيضاً، وهذا يعني، عدم مقارنة سلوكه بطبيب آخر تختلف دراسته في مدتها وقوتها عن دراسته ولو كان طبيباً في درجته؛ وإذا كانت حالة المريض النفسية تستدعي عناية خاصة، وكان يتعين أخذها بعين الاعتبار عند معالجته، ولم يعر الطبيب المعالج هذه الحالة النفسية اهتماماً أخذ هذا بعين الاعتبار عند تقدير الخطأ وتقرير المسؤولية[2].

فالمعيار الموضوعي للخطأ سواء في المسؤولية العقدية أو في المسؤولية التقصيرية هو مسلك الرجل العادي، فما هو الرجل العادي وكيف نصل إليه؟ يصفه الدكتور الأستاذ السنهوري بقوله: ((هو الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس، فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة فينزل إلى الحضيض وهو الشخص الذي اتخذناه من قبل مقياساً للخطأ العقدي في الالتزام ببذل عناية، حيث يطلب من المدين في الأصل أن يبذل عناية الرجل العادي، وهو شخص عرفه القانون الروماني وسماه برب الأسرة العاقل، ننظر إلى المألوف من سلوك هذا الشخص ونقيس عليه سلوك الشخص الذي نسب إليه التعدي فإن كان هذا لم ينحرف

(1) نزار عرابي، مسؤولية الطبيب عن خطأه في التشخيص، المرجع السابق، ص126؛ نفس المعنى، خليل جريج، الخطأ المهني في نطاق العمل الطبي، مجلة القضاء والتشريع التونسية، تونس 1964، بدون عدد وبدون سنة، ص21 و22.
(2) د. عبدالرحمن بن حسن النفسية، مسؤولية الأطباء، المرجع السابق، ص177.

في سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص العادي لم يتعد وانتفى عنه الخطأ ونفض المسؤولية عن كاهله؛ أما إذا كان قد انحرف فمهما يكن من فطنته ويقظته فقد تعدى وثبت عليه الخطأ، ترتبت المسؤولية في ذمته؛ بهذا وحده يسلم لنا مقياس منضبط صالح وافٍ بالغرض، فلا نحن في حاجة إلى البحث عن خبايا النفس والكشف عن خفايا السرائر ولا المقياس يختلف في تطبيقه من شخص إلى شخص بل يصبح التعدي أمراً واحداً بالنسبة إلى جميع الناس، إذ إن معياره لا يتغير؛ فإذا جاوز الانحراف المألوف من سلوك الناس صار تعدياً، يستوي في ذلك أن يصدر من فطن ذكي أو وسط عادي، أو خامل غبي، ويصبح الخطأ شيئاً اجتماعياً لا ظاهرة نفسية، فتستقر الأوضاع وتنضبط الروابط القانونية)). ويعلق الدكتور السنهوري على ذلك بقوله: ((فكأن المطلوب من الناس جميعاً وهم مأخوذون بهذا المقياس المرجح أن يبلغوا من الفطنة واليقظة ما بلغ أوساطهم من ذلك. فمن علا على الوسط كان علوه غنماً، ومن نزل عن كان نزوله غرماً، هكذا يعيش الإنسان في المجتمع وهذا هو الثمن الذي يدفعه للعيش فيه))[1]. وهذا هو الوصف الرائع الذي يصف به، أستاذ الجيل الدكتور السنهوري، الرجل العادي. فهل يمكن تطبيق معيار الرجل العادي على الخطأ الطبي، خاصة وأن ظروف الطبيب سواء أكانت خارجية أم داخلية أم ظاهرة أم غير ظاهرة، فإنها ظروف تولدت عن حياة عصرية متقدمة في جوانبها المختلفة؛ فالطب الحديث يتميز الآن بتخصص دقيق في كل فروعه، فضلاً عما وجد من اكتشافات أخرى واستعانته بالأدوات والآلات المتقدمة علمياً والكترونياً.

وعلى كل حال حاول الفقه[2] أن يساير التقدم بعض الشيء فأضاف إلى المعيار الموضوعي ما يسمى بالمستوى المهني للطبيب لكي تكون مسؤولية الاختصاصيين من الأطباء أشد من غيرهم، وقالوا بأن هذا المستوى يدخل في الظروف الخارجية للمعيار المجرد، بينما انتقد الآخرون هذا الرأي بدعوى أن التخصص ظرف داخلي.

---

(1) د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ف528 ص886؛ قارن د. محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص11؛ قرب د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، ط2، الإسكندرية 1989، 232 ص569؛ د. محمد هشام القاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، س5 ع2، الكويت 1981، ص90.

(2) د. وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص305، حيث يقول: (إن هناك عوامل شخصية لها صلة وثيقة بهذا الطبيب ومركزه في تلك المهنة وبكفاية في عمله كالتخصص في فرع من الفروع، والوجود على رأس مستشفى من المستشفيات والتدريس في جامعة من الجامعات والوجود في قرية بعيداً عن العلم والعلماء وما إلى ذلك من الاعتبارات التي يراعيها نفس المريض عند اختيار الطبيب والتي يمكن أن نطلق عليها الاعتبارات التي ترجع إلى المستوى المهني للطبيب).

ويمكن القول أن معيار الخطأ العام، هو السلوك المألوف للشخص العادي، وهو نفسه معيار خطأ الطبيب، وهذا يعني أن لا يخرج الطبيب المعالج (الذي ينسب إليه التعدي) عن المألوف في سلوك طبيب عادي مثله.

وقد بيّنا سابقاً أن الفقه والقضاء يتجهان إلى التشديد في معيار الخطأ إذا وجدت ظروف خارجية ظاهرة مثل حالة الأطباء الاختصاصيين، فهنا يتدخل ظرف التخصص الذي يدق في بعض الأحيان إلى درجة يتعذر قياسها[1]؛ وقواعد مهنة الطب وقوانينها لا تضع على كاهل الطبيب المعالج التزاماً بشفاء المريض، ولا حتى بضمان عدم استفحال الداء أو العلة المرضية، وإنما تفرض على عاتقه أن يبذل، في علاج مريضه، قدراً معيناً، من الجهد والمساعي والعناية الصادقة، فمتى بذل الطبيب هذا القدر من الجهد والمساعي نفض عن كاهله المسؤولية وبرئت ذمته حتى ولو لم يشف المعلول من الداء والأسقام، وبكلمات أخرى، إن التزام الطبيب التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق غاية[2].

ويحدد هذا القدر من العناية فيما يخص الأطباء غير الاختصاصيين بمعيار الطبيب المتوسط إذا وجد في مثل ظروف الطبيب الذي نسب إليه التعدي، فيقام في ذلك وزن الظروف التي دعي فيها الطبيب لمعالجة السقيم، كأن يكون في منطقة نائية منعزلة لا تتوفر فيها، ما توفر للمستشفى الحديث، أو تكون حالة السقيم على درجة كبيرة من الخطورة تقتضي إجراء تدخل جراحي له على الفور وفي مكان وجوده دون نقله إلى مستشفى أو عيادة[3].

ومن الظروف التي تحتم أن يقام لها وزن في تحديد مدى التزامات الطبيب ما عرف عنه من علم أو خبرة أو تخصص في حقل معين وهو ما سمي بالمستوى المهني للطبيب؛ لأن هذا المستوى يكون معروفاً للناس ظاهراً لهم بحيث يوحي إليهم ثقة مشروعة في أن الطبيب سوف يبذل قدراً من الجهد والمساعي أو العناية الصادقة يتفق مع درجة مستواه العلمي، فتوزن واجبات طبيب الامتياز (الطبيب الناشئ) بمسلك طبيب امتياز مثله، وواجبات الطبيب غير المتخصص بنظيره، وتقاس التزامات الاختصاصي

(1) عبدالحميد عثمان عبدالمجيد، التطور وأزمة الفكر القانوني في مسؤولية الأطباء، القسم الأول، المرجع السابق، ص22.

(2) نقض مدني مصري، في 22 آذار (مارس) 1966، مجموعة احكام بمجلة المحاماة.

(3) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، المرجع السابق، ف151 ص383؛ نفس المعنى، عبدالحميد عثمان عبدالمجيد، التطور وأزمة الفكر القانوني في مسؤولية الأطباء، القسم الثاني، مجلة العدالة، العدد 18، السنة 6، ابو ظبي، 1979، ص41.

بقرينه المتخصص بنفس اختصاص الأول، وتحدد أعباء والتزامات أستاذ الطب بتصرفات أستاذ مثله.

ومن الجدير بالذكر أنه في العصر الحالي قد تعددت الاختصاصات الطبية إلى درجة كبيرة، وأضحت هناك اختصاصات في جراحة زرع القلب أو زرع أعضاء أخرى من الجسم ومع دقة الاختصاصات وتشعبها، فقد اكتشف في الطب أنواع جديدة ووسائل في المعالجة مستحدثة، وأنه أمكن الاستفادة الآن من تجارب غزو الفضاء في إيجاد أماكن للعلاج تستخدم فيها أحدث الآلات الإلكترونية يطلق عليها (الطب الفضائي)، حيث تجرى المعالجة بالضغط على الأزرار فتعمل الآلات الخاصة بالأشعة والتحليل ونقل المريض وإعطاء التقارير الطبية الفورية بطريقة آلية إلكترونية[1].

وتعتبر كل هذه المستحدثات في الحقل الطبي ظروفاً جديدة تضاف إلى المعيار الموضوعي المجرد ثبوت الخطأ على كاهل الطبيب، إن كل هذه المستحدثات العلمية والآلية في المجال الطبي، فضلاً عن اعتبارها ظروفاً تضاف إلى المعيار الموضوعي المجرد، إلا أنها أيضاً تجعل أي تعدٍ أو خطأ أو إهمال يقع من جانب الطبيب يحاسب عليه، إذ يفترض أن الاستعانة بمثل هذه المستحدثات في العلاج أو التدخل الجراحي تجعل الطبيب أكثر دقة وانضباطاً.

معيار الخطأ في القضاء الإنكليزي:

يعد الإهمال الطبي موضوعاً شائكاً، فمسؤولية الطبيب تتحكم بها دائماً ظروف وملابسات كل قضية، فالأذى الذي يلحق بأحد ممارسي مهنة الطب أو طب الأسنان والناجم عن التقصير يمكن أن يكون خطيراً جداً وهذا ما تقدره المحاكم، ففي قضية هاتشر ضد بلاك وآخرين Hatcher. V. Black and others قال قاضي المحاكمة: فيما يتعلق بحوادث الطرق فإن من المفروض أن لا تقع مثل هذه الحوادث لو أبدى كل شخص العناية اللازمة، والأمر ذاته ينطبق على المصانع؛ بيد أنه عندما يدخل شخص مريض إلى المستشفى يكون هناك دائماً بعض الخطر مهما كانت العناية التي تبديها، إذ إن كل عملية جراحية تنطوي على مخاطر، لذلك فإن القانون الذي يقول بمسؤولية المستشفى والأطباء لمجرد حدوث بلية أو حادث مؤسف عرضاً أو عن طريق الصدفة Misaduenture هو غير جيد قانوناً[2].

(1) عبدالحميد عثمان عبدالمجيد، التطور أزمة الفكر القانوني في مسؤولية الأطباء، القسم الثاني، المرجع السابق، ص41.

(2) A. Keith Mant: Taylor's Principles and practice of Medical, Jurisprudence, New York, 1984, p.39

وهذا يعني أن الطبيب الذي يفحص المريض، والجراح الذي يقوم بإجراء العملية الجراحية ينظر دائماً إلى الوراء ليرى ما إذا كان هناك شخص خلفه يحمل خنجراً؛ فسمعته المهنية عزيزة عليه كجسده وربما أكثر من ذلك، لذلك فإن إقامة دعوى ضده يمكن أن تجرح سمعته تماماً كما يفعل الخنجر في الجسد؛ لذلك يجب أن لا يحكم عليه بالإهمال لمجرد أن أمراً حدث خطأ، كما هي الحال مثلاً عند حدوث بعض المخاطر المنطوية عليها عملية جراحية أو لأن بعض التعقيدات تحدث نتيجة لذلك فتؤدي إلى تقليل أو إزالة المنافع المعمول عليها أو لأن الطبيب يرتكب خطأ في حكمه في القضايا التي تتطلب الرأي؛ فيصدر عليه حكم بالإهمال عندما يقصر دون المستوى الكفء الذي يفترض أن يتحلى به رجل طب ذو مهارة معقولة، وباختصار فإنه عندما يستحق يجب أن يكون ذلك ما يستحقه رجل طبي عن التقصير[1].

وفي قضية رو ووليي ضد وزارة الصحة Roe and Wooley V. The Ministry of Health an anaesthetist والتي رفعها إلى محكمة الاستئناف، صدر الحكم القضائي بعدم مسؤولية الطبيب المخدر أو أي من رجال المستشفى عن التقصير، وعندما أصدر القاضي دينيغ (Lard Justice Denning) حكمه قال: ((من السهل جداً أن تكون حكيماً بعد الحادثة وأن تدين حالة إهمال هي مجرد إهمال طفيف، ويجب أن نكون حذرين دائماً ضد هذه الحالة، خاصة في الدعاوى ضد المستشفيات والأطباء؛ فعلم الطب أعطى فوائد عظيمة للإنسانية، بيد أن هذه الفوائد محفوفة ببعض المخاطر التي لا يمكن تجنبها، فكل عملية جراحية محفوفة بالمخاطر لذلك لا يمكن أن نحصل على المنافع دون أن تصيبنا المخاطر، إذ إن كل تقدم في الأسلوب تصاحبه مخاطر أيضاً؛ فالأطباء كبقية أصحاب المهن، يجب أن يتعلموا بالخبرة؛ والخبرة غالباً ما تعلم بطريقة شاقة)).

إن من واجب كل طبيب ممارس أن يكون على مستوى من المهارة والمعرفة لتنفيذ جميع أنشطته المهنية وهو المستوى المتعارف عليه عند ذوي المهنة؛ كذلك من واجبه إبداء عناية معقولة في معالجة مريضه، فالفشل في ذلك ينجم عنه إلحاق الضرر بالمريض، وبالتالي من حق الأخير إقامة دعوى للمطالبة بتعويضات؛ ومسألة ما إذا كان قد تم إبداء العناية أو المهارة المعقولة في قضية معينة هي مسألة واجب النظر فيها بحدود علاقتها بحقائق كل قضية على حدة، بيد أنه بالإمكان استخراج عدد من الاستنتاجات من قرارات المحاكم[2].

(1) مبادء تايلور وممارساته في القضاء الطبي، تحرير اي. كيث مانت، ط13، المرجع السابق، ص40.
(2) مبادئ تايلور وممارساته في القضاء الطبي، المرجع السابق، ص40.

فليس من الضروري أن يتوقع من الاختصاصي امتلاك أعلى درجة من المعرفة أو استعمال أعلى درجة من المهارة، فالاختصاصي ليس محاسباً أمام القانون لمجرد التأكد بأن اختصاصياً آخر في ميدانه قد أظهر مهارة أو معرفة أكبر أو لأنه عالج القضية بشكل مختلف؛ فمثلاً لا تكون درجة المهارة والمعرفة المتوقعة من جراح اختصاصي يعمل في قضاء بعيد هي ذات الدرجة المطلوبة من جراح استشاري في مستشفى تعليمي، وكذلك الحال مع ممارس عام حدث وعن طريق الطوارئ والضرورة أن يعمل في مستشفى تعليمي، وكذلك الحال مع ممارس عام حدث وعن طريق الطوارئ والضرورة أن يعمل في مستشفى ريفي بعيد أو في البيت الخاص للمريض هذا سيتم الحكم عليه فقط من خلال ما هو متوقع بشكل معقول في تلك الظروف من ممارس عام لا يدعي بأنه اختصاصي بالجراحة؛ فسوف لا يكون مسؤولاً ما لم يتم إظهار عدم مقدرته في فعل ما يقوم به ممارس يعمل خارج مجال عمله الطبيعي.

فالإهمال أو التقصير الطبي هو الذي حدده اللورد كلايدي Clyde في قضية هونتير ضد هانلي Hunter V. Hanley عندما قال: ((إن المعيار الحقيقي الخاص بالتأكد من التقصير في التشخيص والمعالجة من قبل الطبيب هو ما إذا كان قد ثبت بأنه مذنب بالفشل الذي لا يقترفه طبيب ذو مهارة اعتيادية كل يعمل بعناية معقولة))[1].

معيار الإهمال في العناية الطبية وتاريخه وتطوره:

ولا ينطبق المعيار الاعتيادي للإهمال أو التهاون موضوع التعويض، وهو معيار الرجل الاعتيادي المتعقل، على قضايا الإهمال أو التهاون في العناية الطبية. فمعيار الأخير أكبر؛ وقد عبر عنه اللورد Clyde بشكله التقليدي في قضية Hunter. V. Hanely عندما قال: ((يوجد في ميدان التشخيص والعلاج أفق واسع للخلاف الجوهري في الرأي، فلا يمكن اعتبار رجل واحد متهاون على نحو واضح لمجرد اختلاف استنتاجه عن غيره من أصحاب حرفته أو لأنه أظهر مهارة أو معرفة لا ترقى إلى مستوى تلك التي أظهرها الآخرون. فالمعيار الحقيقي لإثبات الإهمال أو التهاون في التشخيص أو العلاج من جانب الطبيب هو ما إذا كانت ثبتت إدانته بارتكاب خطأ لا يقترفه طبيب آخر له مهارة اعتيادية لو عمل بعناية اعتيادية)) [2].

ويقول إنه في الحالة التي يزعم فيها بأن الإهمال قد اتخذ شكل الانحراف عن الممارسة أو السلوك الاعتيادي الضروري، إثبات وجود ممارسة اعتيادية أو طبيعية وبأنه

(1) مبادئ تايلور وممارساته في القضاء الطبي، المرجع السابق، ص41.

(2) J.A. Cameron, Q.C. Negligence, The Law Society of SXOTLAND, Edingurgh, 1983, p.2

لم يتم اعتماد أو تبني هذه الممارسة من قِبَل الدفاع، فيجب إثبات أن السلوك الذي اتبعه الطبيب لم يكن قد اتبعه صاحب المهنة له مهارة اعتيادية فيما لو كان قد تصرف بعناية اعتيادية.

هذا هو معيار الإهمال في العناية الطبية وينطبق على الشخص الذي نسب إليه الخطأ سواء أكان ممارساً عاماً أم معيناً أم مسجلاً أم استشارياً، وبذلك فقد تم تبني هذا المعيار الذي يعد متغيراً إلى هذا الحد، ومن الأهمية أن يلاحظ بأن المسألة قد استغرقت وقتاً طويلاً قبل أن يتم التوصل إلى صياغة هذا المعيار بشكله النهائي.

ومع أن مسألة زيادة عدد دعاوى الإهمال الطبي منذ نهاية الحرب العالمية الثانية هي مسألة واقعة وحقيقة، إلا أنها لم تكن غير معروفة قبل ذلك التاريخ، وربما يتصور البعض بأن مسألة الإهمال في جيل آبائنا، مثلاً، كانت تعتبر تناقضاً في المفاهيم؛ لحالات الإهمال في العناية الطبية، مع أنها كانت أقل مما هي عليه الحال في الوقت الحاضر، إلا أنها، لم تكن معروفة. وبحدود عام 1838 كانت هناك قضية Canphier V. Phipos وفي هذه القضية جرحت سيدة يدها ورسغها وتم استخدام المدعى عليه كجراح وكمداوٍ قبل زوج السيدة بمعالجة الجرح؛ ولكن، فقد أصيبت يد السيدة بالشلل بفعل المعالجة. وقد أخبر كبير القضاة اللورد Tindal هيئة المحلفين، بأنها لو أرادت إصدار حكم قضائي لصالح المدعية، فإن عليها الاقتناع بأن الجرح الحاصل كان بسبب ((نقص العناية والمهارة المطلوبة في معالجة المدعية)). ولم تكن هناك حالات عديدة كهذه في القرن التاسع عشر، على الأقل في اسكتلندا، لأن اللورد Young قال في قضية Faraubar. V. Murray عام 1901 والتي كانت عبارة عن فعل سبب إلحاق الأضرار قام به مريض ضد ما سمي ((بالقائم على خدمته طبياً)) قال اللرود سونغ: ((إن هذا العمل هو بالتأكيد ذو طبيعة غير اعتيادية؛ فهو عمل قام به مريض ضد رجل يعمل بالطب وألحق به أضراراً، وحسب خبرتي الطويلة نوعاً ما فإني لا أستطيع أن أتذكر مثل هذه الحادثة من قبل))[1].

الأساس القانوني للدعاوى المقامة ضد الإهمال في العناية الطبية:

يذهب البعض إلى أن الدعاوى التي تقام أمام القضاء الإنكليزي بشأن الخطأ الطبي لا تستند فقط على أساس الخطأ التقصيري، بل هناك حالات قائمة على أساس التعاقد الصريح أو شرط ضمني في العقد يقضي بأن على الطبيب المعني أن يتصرف

---

(1) جي - آي، كاميرون، كيو - سي، مدخل إلى الإهمال في العناية الطبية، منشورات الجمعية القانونية في اسكتلندا، أدنبرة، 1983، ص3.

طبقاً للسلوك الطبي الصحيح؛ وللقضاء السلطة التقديرية في تحديد ذلك، حيث حاول محامي الدفاع في قضية Edgar V. Lamont أن يستبعد العقد المبرم بين الطبيب والمريض لكون المريضة هي زوجة رب العمل فليس لها الحق في إقامة الدعوى على أساس العقد، غير أن القاضي رد هذا الادعاء وتمسك بوجود العقد.

ومن المتصور في الوقت الحالي أن تتم إقامة الدعوى بموجب العقد الطبي، ولكن، مع كل هذا، فإن الدعوى سواء أقيمت على أساس خطأ عقدي أو تقصيري، فهذا لا يؤثر على مقدار التعويض الذي يحصل عليه المتضرر وفق المجرى الطبيعي للأحداث[1].

تطبيق معيار الإهمال في العناية الطبية:

هناك مستويات مختلفة من المهارة مطلوب توفرها في رجل الطب، ذلك أن معيار الإهمال، معيار متغير؛ ومن المهم للغاية أن نتذكر تلك الظروف عندما نحاول التأكد من أن هذا المعيار قد تم توفره؛ ولأن الطب علم متطور دائم الحركة، فمن الضروري الحكم على تصرفات الطبيب في ضوء المعرفة الطبية في وقت حدوث القضية. وغالباً ما تتغير الأمور بين هذا الوقت، والوقت الذي يتم فيه الاستماع إلى الدليل، ولذلك فمن المهم أخذ ذلك بنظر الاعتبار. ومثالاً على ذلك ما جاء في قضية رفعت ضد وزير الصحة Roe. V. Minister of Health، حيث تم إجراء عمليتين صغيرتين لاثنين من المرضى في نفس اليوم من عام 1947، وفي كل من الحالتين تم تخدير الحبل الشوكي عن طريق زرق المخدر بواسطة ثقب في المنطقة القطنية، بواسطة طبيب التخدير المختص يساعده ملاك صالة العمليات في المستشفى. وكان المخدر محفوظاً في أنابيب زجاجية مغلقة تم خزنها في محلول الفينول أي حامض الكربونيك. وبعد العمليتين ظهرت أعراض الشلل التشنجي الحاد في كلا المريضين بسبب الفينول الذي نفذ إلى الأنبولات من خلال الشقوق غير المرئية، أو التصدعات الدقيقة مؤدياً إلى الشلل الدائم من الخصر إلى الأسفل. وقد تم رفع دعاوى التعويض ضد وزير الصحة، كونه مسؤولاً عن المستشفى وضد طبيب التخدير؛ وقد أصدر قاضي المحكمة حكماً لصالح المدعى عليهم؛ أكد فيه بأنه من خلال تطبيق معيار مستوى المعرفة الطبية في عام 1947 بخصوص اكتشاف وجود الفينول في الأنبولات وقت العمليتين فإنه لا يمكن اتهام الطبيب المخدر ولا أي عضو آخر من كادر المستشفى بالإهمال، وقد استأنف المدعي الحكم ولكن بدون جدوى. وقد نقل سومرفيل ل. جي Somervell. L.J عن قاضي المحكمة مكنير

---

(1) جي. اي، كاميرون، كيو. سي، المرجع السابق، ص9.

Mcnair قوله عن القضية: ((من الواضح الآن بأن الفينول وجد طريقه إلى أنبولة مادة التخدير المحفوظة في محلول الفينول من خلال شقوق لا يمكن كشفها بواسطة الفحص العادي بالبصر أو اللمس الذي يتم في صالة العمليات ـ وقد تمت ملاحظة الشقوق من خلال الشقوق الجزئية في الزجاج. وقد تم جلب انتباه أصحاب المهنة إلى هذا الخطر لأول مرة في هذا البلد (اسكتلندا) بعد نشر كتاب الأستاذ ماكينوس حول الثقب القطني وتخدير الحبل الشوكي في عام 1951. ولم يتم في عام 1947 إدراك هذا الخطر، فالطبيب غراهام لم يدرك ذلك بالتأكيد. ولذلك فإني أجد بأن الدكتور غراهام ليس مهملاً قياساً لمستوى المعرفة المتوفر لدى أطباء التخدير الأكفاء عام 1947)). وبعد ذلك أضاف سومر فيل قائلاً: ((أنا أقبل ذلك)) ووضع دينينغ المسألة بتعبير بالغ الإيجاز عندما قال: ((يجب أن لا ننظر إلى حادثة عام 1947 بمنظار عام 1954))[1].

الحادثة الحتمية:

عندما تحصل أثناء المعالجة حادثة لا يمكن تجنبها من خلال المهارة أو العناية الاعتيادية من قِبَل الطبيب المعالج، يقال بأن الحادثة حتمية؛ ومصطلح ((الحادثة الحتمية)) عرف بأنه: ((الحادثة التي لا يمكن تجنبها من خلال الإجراءات الاحترازية التي يتوقع أن يتخذها رجل عاقل)). ففي قضية غيربير وباينز Gerber V. Pines طالب المدعي بتعويض من المدعى عليه زاعماً بأنه خلال إعطاء حقنة تحت الجلد ترك المدعى عليه جزءاً من الإبرة كان بسبب تشنج عضلي مفاجئ وأنه لم يكن بإمكان أية مهارة أو عناية من قِبَله أن تمنع انكسار الإبرة أو بقاء الجزء المكسور في جسم المدعي، وقد حكم القاضي بعدم وجود تقصير من جانب المدعى عليه فيما يتعلق بانكسار الإبرة؛ لكنه حكم بانتهاك الواجب من جانب المدعى عليه لعدم إخباره المريضة أو زوجها بانكسار الإبرة وبقاء جزء منها في جسم المريض. ولهذا السبب أصدر القاضي حكماً بتعويض المريضة مبلغاً قليلاً من المال[2].

الفرع الثاني: الخطأ العادي والخطأ الفني

(1) Gradwohl's Legal Medicine, third edition, Bristol: John wright and sons. LTD, 1976, p. 438.

وانظر: جي. أي. كاميرون، كيو. سي، ص10 و11.

(2) أي. كيث. مانت، مبادئ تايلور وممارساتها في القضاء الطبي، المرجع السابق، ص47.

الخطأ العادي هو الخطأ الخارج عن ميدان المهنة التي يمارسها الشخص الذي نسب إليه الخطأ، وهو الإخلال بالالتزام المفروض على الناس كافة باتخاذ العناية اللازمة، عند القيام بسلوك معين، لاتقاء ما قد يؤدي إليه هذا السلوك من نتيجة غير مشروعة. فالأخطاء العادية إذاً هي التي تصدر من أي شخص ولا علاقة لها بصفة الطبيب وتسمى أخطاء مادية، ومن أمثلة الأخطاء المادية التي يقترفها الطبيب، أن يقوم بعملية جراحية وهو ثمل، أو أن ينسى إحدى أدوات الجراحة في بطن المريض، أو إذا ترك وعاء مملوءً بالماء الساخن ملاصقاً لجسم المريض الواقع تحت تأثير البنج فتسبب في حدوث حروق للمريض، أو إذا لم يراعِ الطبيب قواعد النظافة أثناء عمله أو قام بعملية جراحية مع كون يده اليمنى مصابة بعجز عن الحركة. أما الخطأ الفني أو (الخطأ المهني) فهو الخطأ الداخل في نطاق المهنة التي يزاولها الشخص صاحب تلك المهنة، فالخطأ الفني إذاً هو إخلال رجل الفن كالطبيب بالقواعد العلمية والفنية التي تحددها الأصول العامة لمباشرة مهنته، من أمثلة الأخطاء الفنية التي ارتكبها ذوو المهن كالطبيب، الخطأ في التشخيص، أو أن يقوم غير متخصص في الجراحة بإجراء عملية جراحية لمريضه، أو أن لا يقوم الطبيب بأمر المريض بأمر معين تحتم قواعد مهنة الطب ضرورة القيام بذلك[1].

ولا يثور الجدل أو الخلاف حول مساءلة الطبيب عن الخطأ المادي الذي يقترفه سواء خارج ميدان عمله الفني أو داخله، فهو يسأل عن الخطأ الذي ارتكبه في جميع درجاته وصوره كما هو الشأن بالنسبة للشخص العادي. ولكن ثار النقاش واحتدم الجدل حول الخطأ الفني الذي يقترفه الأطباء إخلالاً بالقواعد الفنية التي تلزمهم بها القواعد الطبية. وقد اختلف الفقه في هذا الشأن اختلافاً كبيراً[2].

ذهب رأي قديم إلى أن الطبيب لا يمكن مساءلته عن الخطأ الفني، فلا يسأل عن رأيه أو عن المذهب العلمي الذي يعتنقه، أو العلاج الذي يصفه، أو عن التدخلات الجراحية التي يجريها، ويبنى هذا الرأي على أن الطبيب بحصوله على الإجازة العلمية والتي بمقتضاها ترخص له الدولة بمباشرة الصنعة أو المهنة، يكون جديراً بالقيام بعمله على الشكل الصحيح وبالتالي يكون أهلاً لثقة الناس به، هذا من جهة، ومن

---

(1) د. فوزية عبدالستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدي، القاهرة 1977، ف75 ص126 و127؛ د. وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص40؛ د. سليمان مرقس، الفعل الضار، ط2، القاهرة، 1956، ف49 ص66؛ د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف114 ص148؛ د. هشام فرعون، المرجع السابق، ص48؛ د. حسن زكي الأبراشي، المرجع السابق، ص133؛ أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص371.

(2) د. سليمان مرقس، مسؤولية الطبيب ومسؤولية إدارة المستشفى، المرجع السابق، ص157؛ د. محمود محمود مصطفى، مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، المرجع السابق، ف16 و17 ص297 وما بعدها.

جهة أخرى، فإن العلم والعمل الطبي باعتباره علماً متطوراً غير ثابت، يعتمد فيه التشخيص على الحدس والاستنتاج، مما يسهل معه وقوع الطبيب في الخطأ. وإن إثارة مسؤوليته يعني تقييد حريته في مباشرة العلاج الذي يراه ملائماً لصالح العليل ويقف عقبة كأداء في سبيل الرقي والتقدم الطبي، ويؤسس هذا الرأي على أن حرية المريض في اختيار الطبيب، تحتم عليه أن يتأكد من جدارة هذا الطبيب للقيام بعلاجه، فإن اقترف هذا المريض خطأ في اختيار الطبيب أو التحقق من جدارته ولحقه ضرر كان هذا الضرر نتيجة لخطأه وليس لخطأ الطبيب[1].

ولكن هذه النظرية لم تصمد أمام الانتقادات التي وجهت إليها، فقد قيل رداً على الحجج التي أسست عليها، أن المشرع عندما اشترط استبعاد كل شخص لم يكن قد حصل على القدر الكافي من المعلومات التي تجعله قديراً وكفئاً وماهراً لعلاج المرضى، ولكنه لم يقصد من اشتراط الشهادة العلمية أن يعتبر حاملها معصوماً من الخطأ، ناهيك عن أن كفاءة صاحب الشهادة تتعلق بوقت الحصول عليها ولا تؤمن استمرار هذه الكفاءة بعد ذلك، فالشهادة وحدها لا تسعف أصحاب هذه النظرية لاستبعاد مسؤولية الطبيب. وأما بشأن كون العمل الطبي علماً مطرداً وغير ثابت، فإنه رغم التسليم بذلك، إلا أن قواعد واحتياطات ثابتة ومستقرة على مدى عدة سنوات، فيتعين على الطبيب أن يلتزم بتلك القواعد وهذه الاحتياطات، فإن هو أخلّ بها، اقترف خطأ، ولا ريب من نهوض مسؤوليته، مثال ذلك، التزام الجراح بتطهير وتعقيم الأدوات والآلات الجراحية التي يستعملها عند إجرائه التدخل الجراحي للمريض، قد تتطور طرق التعقيم وعندئذ لا يسأل الطبيب إذا اتبع إحدى هذه الطرق دون سواها، ولكن مبدأ التعقيم ذاته أمر مستقر وثابت فيخطئ الطبيب إذا خالفه وبالتالي تنهض مسؤوليته[2].

أما القول، بأن حرية المريض في اختيار الطبيب والتحقق من جدارته تستبعد خطأ الطبيب، فهو قول غير مقبول، إذ كثيراً ما يفرض الطبيب على المريض، فلا

(1) د. الجوهري، المرجع السابق، ص342؛ د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط4، 1977، ف723، ص688.

(2) د. فوزية عبدالستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدي، المرجع السابق، ف76 ص128؛ د. محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص344 و345.

يكون له شأن في اختياره، وحتى في الحالات التي يكون للمريض فيها حرية الاختيار وثبت خطأه في ذلك فإن خطأ المضرور لا يجب خطأ الفاعل[1].

ظهر هذا الرأي في حكم مهم لمحكمة النقض الفرنسية رفضت به الرأي السابق الذي يقول بعدم المسؤولية عن الخطأ الفني، حيث قضت هذه المحكمة بأنه: ليس من حق المحاكم أن تقدر النظريات والمذاهب الطبية العلمية، فالمحكمة ليس من حقها أن تراقب وتنتقد العلاج الموصوف للمريض من قِبَل الطبيب أو التدخل الجراحي اللازم والذي أجراه الجراح. ولكن الطبيب يسأل إذا هو اقترف خطأً جسيماً، وكانت هذه القضية تخص طبيباً ارتكب خطأ في إجراء التطعيم ضد أحد الأمراض، لم يضع ضماداً لمنع تصاعد الضرر، وعند تدهور حالة المريض، لم يزره الطبيب مما أدى الحال إلى بتر ذراعه، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن إغفال الطبيب وتقاعسه عن واجبات المهنة يعتبر خطأً جسيماً وبالتالي يدخل تقدير هذا الخطأ تحت سلطة القضاء[2].

وقد أيّد جانب من الفقه هذا الرأي بدعوى أنه رأي معتدل، فهو رأي وسط، بين الرأي الذي يقول بعدم المسؤولية، وبين الرأي الآخر الذي يقول بالمسؤولية المطلقة عن كل خطأ، فإذا كان الرأي الذي يقول بعدم المسؤولية رأياً متطرفاً وضاراً بالمرضى، فإن الرأي الثاني الذي ينادي بالمسؤولية المطلقة عن كل خطأ متطرف أيضاً وضار بالأطباء وبالمصلحة العامة في الرقي والتقدم والتطور العلمي الطبي[3]. وقد أيدت بعض الأحكام في القضاء الفرنسي فكرة التمييز بين الخطأ العادي والخطأ الفني، وأكدت بأن الطبيب لا يسأل مدنياً إلا إذا خرج على الأصول والقواعد الفنية، وأن الضرر الذي لحق المدعي (المريض) كان نتيجة لجهل فاحش بأصول المهنة؛ وقد تبنى القضاء هذا الرأي وتواترت أحكامه عليه، فقضى بأن الطبيب يعد مسؤولاً عن الضرر الذي أصاب المريض، إذا كان الضرر قد نشأ نتيجة لخطأ الطبيب الفاحش وعدم احتياطه، وجهله بالأمور التي يجب أن يعرفها كل طبيب؛ وقضى كذلك بأن الخطأ في التشخيص الذي على أساسه شخص الطبيب حالة المريض على أنها قرحة في المعدة، مع

---

(1) د. أسامة عبدالله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، المرجع السابق، ف162، ص196 و19؛ د. محمد مصطفى القللي، في المسؤولية الجنائية، القاهرة، 1948، ص236؛ معوض عبدالتواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، ط4، القاهرة 1988، ص285 و286.

(2) أشارت إلى هذا الحكم، د. فوزية عبدالستار، النظرية العامة للخطأ غير العمدي، المرجع السابق، ف77، ص129.

(3) د. فوزية عبدالستار، الخطأ غير العمدي، المرجع السابق، ف77 ص130، والمراجع الفرنسية التي أشارت إليها في الهامش رقم 3؛ نفس المعنى د أسامة عبدالله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، المرجع السابق، ف171 ص210؛ د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج2 ط1981، ص1146.

أنها في الحقيقة سرطان، بمثابة خطأ فني يؤدي إلى قيام مسؤولية الطبيب[1]؛ وقد استخدم القضاء الفرنسي مصطلحات مختلفة للتعبير عن الخطأ الجسيم، فقد عبر عنه بالخطأ الواضح أو المميز أحياناً، وأحياناً أخرى استخدم القضاء التقصير البيّن في وظيفته أو الإهمال الجسيم أو قصور لا يغتفر[2].

وقد تبنى القضاء المصري في فترة لاحقة نفس هذا الاتجاه، فقضى بأن الطبيب لا يسأل عن خطأه اليسير؛ وأنه لا يسأل عن أخطائه الفنية في التشخيص والعلاج إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم[3]؛ وكذلك قضى بأن لمسؤولية الطبيب وجهين: الأول متعلق بصناعته، وهو ما يسمى بخطأ المهنة، والثاني لا يتصل بصناعة الطبيب ولا علاقة له بالفن الطبي، وخطأ المهنة لا يؤخذ به إلا في حالات الجهل الفاضح، أما الخطأ الثاني فإنه لا يخضع لسلطان التقدير الفني والطبي والجدل العلمي، لأنه خطأ عادي أو (خطأ مادي) يقع فيه الطبيب وهذا النوع من الخطأ يقع تحت المسؤولية الهامة شأن الطبيب فيه شأن أي شخص آخر[4]؛ وقضى كذلك بأن الطبيب يرتكب خطأً جسيماً إذا أجرى تداخلاً جراحياً بعضد مريض نشأ عنه نزيف غزير استدعى العلاج خمسين يوماً، إذا اتضح أن حدوث النزيف تسبب عن قطع شرايين صغيرة في محل العملية وعدم ربطها مع أن الأصول الطبية كانت تقضي بذلك[5]؛ وقضى بأن الطبيب الذي يستدعى في حالة ولادة عسرة فيقبل إجراء عملية في المنزل ثم يستمر في جذب الجنين من ساقيه مع وجود العائق حتى يفصل الجذع عن الرأس يكون مسؤولاً عن موت الأم نتيجة خطأه الجسيم[6].

وفي هذا الميدان وفي رحاب هذا القضاء كان الطبيب لا يسأل إلا عن أخطائه الجسيمة[7]، حيث إن عدم مسؤوليته إلا في حالة خطأه الجسيم كانت في وقتها تستند إلى اعتبارات محددة وأسس معينة يتعين مراعاتها في جانب الطبيب؛ فالمسائل العلمية بطبيعتها، بعيدة في كثير من المجالات عن اليقين، وقريبة إلى الشك، في حالات

(1) اشار إلى هذه الأحكام د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف115 ص148 هامش رقم 3.

(2) د. أسامة عبدالله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، المرجع السابق، ف171 ص210.

(3) حكم مختلط 21 نيسان (إبريل) 1938، مجلة التشريع والقضاء، س50، ص250.

(4) حكم محكمة الجيزة في 26 كانون الثاني (يناير) 1935، المحاماة س15 ع6 ص471؛ وقد أشار الدكتور محمد فائق الجوهري إلى كل الأحكام السابقة في رسالته، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص262 و263.

(5) حكم محكمة مصر الابتدائية في 9 نيسان (إبريل) مشار إليه في مؤلف د. محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص446 هامش رقم (1).

(6) حكم محكمة مصر الابتدائية في 3 مايس (مايو) 1927 اشارت إليه د. فوزية عبدالستار، الخطأ غير العمدي، المرجع السابق، ص131 هامش رقم (1).

(7) مازونتك، مطول المسؤولية المدنية، ج1 المرجع السابق، ف508 ص575 وما بعدها.

كثيرة، وخصوصاً في ميدان الطب، ذلك أن نجاح الجراحة، أو العلاج، يخضع لقدر من الاحتمالات والظروف التي لا يمكن التحكم فيها؛ كما أن نجاح الجراحة أو العلاج وشفاء المريض من علته أو سقمه قد يتوقف في بعض الحالات على حالة المريض الجسمانية والعصبية ومدى تقبله للعلاج[1]. وفي مثل هذا المناخ لا يصح أن يسلط سيف المسؤولية على الطبيب بسبب هفوات أو أخطاء يسيرة أو تافهة، ذلك أن القضاء مطلوب منه في ميدان المسؤولية الطبية، أن يضع القواعد الكفيلة بطمأنة الطبيب بحيث يؤدي واجبه في هدوء وثقة كاملين[2].

ومن الجدير بالذكر أن القضاء العراقي أخذ بمبدأ التفرقة بين الخطأ الفني الجسيم والخطأ الفني اليسير، فقد قضت محكمة التمييز بأنه: ((لدى عطف النظر إلى الخطأ الوارد في المادة 219 من قانون العقوبات البغدادي وغيرها من المواد العقابية الخاصة بالخطأ، يرى أن البحث عن الخطأ جاء بنص عام لا يفرق بين الطبيب وغيره، ولكن فريقاً من الشراح والفقهاء يقسمون الخطأ إلى نوعين بالنسبة لأرباب الفن أطباء كانوا أو غيرهم، إذ قد يكون خطأهم مادياً أو مهنياً، فالخطأ المادي لا يخضع للمناقشات والخلافات الفنية ويقسم الفقهاء الخطأ الفني على اثنين أحدهما الخطأ اليسير وثانيهما الخطأ الجسيم، فيقرر بعضهم المسؤولية الجنائية في الخطأ الجسيم فقط لأن الطب علم سريع التطور يتصارع فيه قديمه وحديثه صراعاً مستمراً... فما يراه بعضهم صحيحاً يراه الآخرون خطأ، كما أن الحكمة في التزام الخطأ الجسيم هي أن لا يكون الخوف من المسؤولية مانعاً الطبيب عن مزاولة مهنته بمطلق حريته وعن الاعتماد على علمه وفنه وعن الإقدام على توسيع خبرته، وبهذا يسهل على الطبيب مسايرة النظريات العلمية الحديثة والانتفاع بها... وتأسيساً على ما تقدم لا يصح تدخل القضاء في المجالات العلمية أو في تقدير النظريات الطبية ولكن هذا لا يمنع الحاكم من استغلال سلطته الواسعة في تقدير المسؤولية الطبية طبقاً للقواعد المسلم بها فقهاً وقضاءً لأن القضاء يحكم بما يؤمن به هو لا بما يؤمن به غيره...)) [3].

وتتلخص وقائع القضية، في أن إحدى الطبيبات الاختصاصيات بالأمراض النسائية والتوليد كانت قد ارتأت حقن إحدى مريضاتها تحت العلاج بمادة (البتوسين)

---

(1) د. الأبراشي، مسؤولية الأطباء الجراحين المدنية، المرجع السابق، ص138؛ قارن د. حمدي عبدالرحمن، معصومية الجسد، المرجع السابق، ص19.

(2) مازوتك، مطول المسؤولية المدنية، ج1، المرجع السابق، ف510 ص579 سافاتيه، مطول المسؤولية المدنية، ط2، 1951، ج2، ف777 ص379 وف 790 ص396.

(3) نقض جنائي عراقي، الإضبارة 535/تمييزية/1968 في 1968/11/30 أشار إليه د. ضاري خليل محمود في تعليقه على هذا القرار، مجلة العدالة العراقية التي تصدرها وزارة العدل، العدد 3، س3، 1977، ص471.

الخطيرة الاستعمال التي تؤثر في رحم الحامل توسيعاً وتضييقاً لمساعدتها على الوضع، والتي تستلزم عملية استعمالها أن تتم تحت إشراف الطبيب، الأمر الذي لم تلتزم به الطبيبة فتركت مريضتها برعاية إحدى الممرضات التي لم تحسن مراقبة المريضة واستخدام المادة المذكورة بسبب جهلها بطبيعة هذه المادة، مما أدى إلى انخفاض ضغط المريضة إلى الصفر وإصابتها بصد عصبي مغلق أدى إلى وفاتها.

ومن الجدير بالإشارة إلى القضية التي صدر بخصوصها قرار محكمة التمييز موضوع البحث كانت قد نظرتها محكمة الجزاء الكبرى لمنطقة الرصافة الأولى ببغداد بصفتها الاستئنافية تحت رقم 29/س/1968، وأصدرت قرارها في 1968/9/29 بالأكثرية، مؤكدة على مبدأ التمييز بين الخطأ المادي والفني والخطأ الفني الجسيم واليسير، الأمر الذي انتهى فيه رأيها بعدم ثبوت خطأ جسيم من جانب الطبيبة، مما حداها بإصدار قرار تصديق حكم البراءة المستأنف.

ويشير الدكتور ضاري خليل محمود إلى الرأي المخالف ويبدو أنه مطلع عليه حيث يقول: ((ويبدو من دراستنا للرأي المخالف، أنه لم يأخذ بهذه التفرقة، إذ لم يشر إليها، إنما أشار في حيثياته إلى فكرة الخطأ الثابت أو الواضح الذي يكفي للإدانة ما دام قد ظهر إهمال الطبيبة المعالجة بشكل واضح جلي يختلف عن ما كان يجب عليها القيام به من مراقبة مريضتها التي تعاني من عسر في الولادة، لاسيما أنها تعالج بمادة البتوسين الخطيرة، الأمر الذي لا يختلف بشأنه أهل المهنة ولا يقع به الطبيب صادق الجهد يقظه)) [1].

ويتبين من هذا أن القضاء العراقي يميز بين الخطأ المادي والخطأ الفني، فيقرر المسؤولية عن الخطأ العادي دون الخطأ المتعلق بصنعة الطبيب، إلا الجسيم الفاحش.

بيد أن هذا الاتجاه الذي يفرق بين وعي الخطأين السابقين ويشترط في النوع الثاني أن يكون على قدر من الجسامة قد تعرض الكثير من النقد؛ ذلك أن الأخذ بهذه التفرقة بين الخطأ العادي والخطأ الفني يؤدي في التطبيق العملي إلى مشكلة كبيرة، هي صعوبة التمييز بين هذين النوعين من أنواع الخطأ [2]، فالتمييز بينهما أمر غير متيسر في جميع الحالات؛ صحيح أن هناك حالات يعتبر فيها الخطأ عادياً (مادياً)

---

(1) د. ضاري خليل محمود، طبيعة الخطأ الطبي، مجلة العدالة، المرجع السابق، ص477 هامش رقم 15.
(2) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف23 ص15.

كما في حالة إجراء الطبيب عملية جراحية وهو في حالة سكر بيّن، أو وهو في حالة صحية تعجزه عن الحركة اللازمة، ففي مثل هذه الظروف لا ريب أن خطأ الطبيب هذا خطأ مادي لا مجال للشك فيه، وأنه يسأل عن خطأه هذا كما يسأل أي شخص آخر؛ وصحيح أن هناك حالات أخرى يكون خطأ الطبيب خطأً مهنياً (فني) ولا يقوم شك في صفته تلك، كخطأ الطبيب في تشخيص طبيعة مرض العليل[1].

ولكن هناك حالات أخرى كثيرة، إلى جانب الحالات السابقة، تفتح الباب أمام التأمل ولاشك، بحيث يدق فيها الأمر ويثور الجدال والنقاش حول طبيعة الخطأ الذي وقع فيه الطبيب، ومن هذه الحالات غير البينة وغير الواضحة، حالة عدم نقل المريض إلى المستشفى في الوقت المناسب، أو إخراج المريض من المستشفى قبل الوقت الملائم.. هل تعتبر هذه الأخطاء مادية أم فنية، مادية أم مهنية؟ لا ريب أن هذين الأمرين يقتضيان قدراً من التقدير المستند إلى العلم الطبي وأصول المهنة الطبية، وبناءً عليه، كان يتعين اعتبار هاتين الحالتين، حالة نقل المريض إلى المستشفى وحالة إخراجه منه في غير الوقت المناسب، دائماً من الأخطاء الفنية (المهنية) لأن الأمر بالنقل إلى المستشفى يحتاج بالضرورة إلى تقدير حالة المريض الطبية ومراعاة الظروف التي يتعرض لها في الطريق، ورغم ذلك فإن إحدى المحاكم قضت بأن عدم الأمر بنقل المريض إلى المستشفى في الوقت الملائم يعد خطأً عادياً (مادياً)[2]، وقضت محكمة أخرى، حيث اعتبرت أن ترك آلة في بطن المريض يعد خطأً مادياً يسأل عنه الطبيب[3]؛ وقضت محكمة أخرى أن مثل هذا الحادث أي ترك آلة في بطن المريض، هو خطأ بسيط لا يستوجب المسؤولية[4]؛ وترك شيء من آلات الجراحة في داخل جسم المريض قد يتبادر إلى الذهن لأول وهلة أنه خطأ عادي، مع أن هناك بعض العمليات الجراحية تحتاج إلى السرعة في إجرائها مما يجعل من هذا الأمر خطأً فنياً[5].

---

(1) د. وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص43؛ قارن د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط9، القاهرة 1974، ص459؛ خليل جريج، نواح خاصة من مسؤولية الطبيب المدنية، مجلة أبحاث في القانون اللبناني، العدد 3، بيروت 1964، ص425؛ عبدالوهاب حومد، الحقوق الجزائية العامة، الكتاب الأول، دمشق 1963، ص397؛ محمد الفاضل، الجرائم الواقعة على الأشخاص، ط3، دمشق 1965، ص629.

(2) محكمة نانسي في 1928/1/19، جازيت دي باليه 1928، 1 ـ 410 مشار إليه في مؤلف الدكتور حمدي عبدالرحمن، معصومية الجسد، المرجع السابق، ص21 هامش 43؛ د. سليمان مرقس، مسؤولية الطبيب ومسؤولية إدارة المستشفى، المرجع السابق، ص159.

(3) محكمة اميان في 1931/7/16 جازت دي باليه 1931، 2 ـ 772.

(4) محكمة بيزانسون 1932/7/11 جازي باليه 1932، 2 ـ 294.

(5) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص136؛ د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف118 ص153؛ أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، المرجع السابق، ص373.

وكذلك الحال، بخصوص عدم وضع المريض على نحو سليم أثناء إجراء التدخل الجراحي، قد يعتبر خطأً عادياً أحياناً، وقد يرتبط بأصول المهنة وعلومها أحياناً أخرى؛ وكذلك، فيما يتعلق بالطبيب الذي يقوم بإجراء عملية خطيرة لا يقصد العلاج من مرض يقاسي منه المريض، بل لإزالة تشويه جسماني، لا يؤثر البتة على صحة المريض، فقد اعتبرته إحدى المحاكم خطأً عادياً، مع أن الأمر يتعلق في هذه الحالة بمخالفة أصول وقواعد المهنة(1).

ومن جهة أخرى، يضاف إلى الاعتراض المتقدم، على التفرقة بين نوعي الخطأ، أن هذه التفرقة لا سند لها من القانون(2)، ذلك أن نصوص مواد المسؤولية جاءت عامة لا تفرق بين الأطباء وغيرهم فكيف يمكن معاملة الأطباء بشكل خاص واستثناؤهم من أحكام المسؤولية عن أخطائهم اليسيرة في ميدان أعمالهم المهنية (الفنية) (3). فما هو الداعي إلى الأخذ بهذه التفرقة وعلى أي أساس من المنطق أو العدالة تقوم، فلماذا لا يسأل الطبيب وهو يمارس صنعته وخبرته وفنه الطبي ويؤاخذ سواه من الناس عن اقترافهم لكل خطأ سبب أضراراً للغير مهما يكن مقدار هذا الخطأ(4)؟ يقال أن السبب في ذلك هو توفير قدر من حرية العمل الفني والممارسة العلمية لأرباب هذه المهنة، وإدخال الطمأنينة في نفوس الأطباء، حتى لا يقعد بهم الخوف من المسؤولية عن الإقدام المقيد من جراء التفكير في عواقب عملهم الفني أو العملي؛ فإن كل هذا هو السبب، فإن من الواجب أيضاً حماية الجمهور حتى لا يعبث بسلامته خطأ الأطباء، وإذا كان هذا الاستثناء يرجع إلى الرغبة في عدم خوض القضاء في مناقشة الأمور العلمية والفنية، فهذا الأمر لا يقتصر على الأخطاء الطبية، بل يمتد إلى قضية وكل دعوى تثار فيها مسألة أو جوانب فنية(5).

---

(1) محكمة السين المدنية في 1929/2/25، جازيت دي باليه 1929، 1 - 434؛ قارن د. وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص43؛ حسين عامر، المرجع السابق، ف274 ص240.

(2) مازو وتنك، مطول المسؤولية المدنية، ج1، المرجع السابق، ف509 ص577.

(3) مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف71 ص63؛ قارن حسن عكوش، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، ط1، القاهرة 1957، ف33 ص95.

(4) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف23 ص15.

(5) د. محمود محمود مصطفى، مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، المرجع السابق، ف16 ص297؛ عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف118 ص155؛ محمد مصطفى القللي، مسؤولية الطبيب من الوجهة الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، س2، المرجع السابق، ص319؛ هشام فرعون، المسؤولية الطبية المدنية في القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص47.

ويقول أستاذنا الدكتور الذنون: ((وهذا العليل من ينظر إلى المسألة من زاوية واحدة ويصرف بين يدي هذا الطبيب المعالج أو هذا الجراح، والأمل يملأ نفسه في أن هذا الطبيب الذي لجأ إليه أو الجراح الذي اختاره سوف يبذل في سبيل إنقاذه كل ما في وسعه مستعيناً بكل ما وفره له العلم من وسائل وطرق وأدوية، وأنه يتحتم علينا أن لا نترك هذا المريض، وهو أولى بالرعاية، تحت رحمة طبيب مهمل مستهتر يتخذ من مريضه الضعيف هذا حقلاً لتجاربه ومختبراً لتحليلاته وهو آمن مطمئن إلى عدم مساءلته فلا نؤاخذه إلا على هذا الخطأ الجسيم الذي يريدون قصر محاسبته عليه وحده....)) [1].

ومن ناحية ثالثة، فإن اعتبارات الملاءمة لا تنهض لمساندة المبدأ القائل بالتفرقة بين نوعي الخطأ؛ فالمسؤولية الطبية إنما قامت أساساً لحماية مريض من أعمال طبيبه، وبعبارة أخرى، لحماية طرف ضعيف في مواجهة طرف قوي؛ ولا ريب أن هذا المنطق يؤدي إلى وجوب ترجيح اعتبار طمأنة المريض على مقتضى طمأنة الطبيب[2]. كذلك لا يوجد ضابط واضح أو معيار بين للتفريق بين أنواع الخطأ مما قد يؤدي إلى التحكم، ويؤدي كذلك إلى الإخلال بمبدأ المساواة بين المواطنين[3].

ويقول الدكتور السنهوري في هذا الصدد: ((إن التمييز بين الخطأ المادي والخطأ الفني في مزاولة المهنة فوق أنه دقيق في بعض الحالات لا مبرر له. وإذا كان الطبيب أو غيره من العملاء في حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية، فالواجب اعتبار الرجل الفني مسؤولاً عن خطأه المهني مسؤوليته عن خطأه العادي، فيسأل في هذا أو ذاك حتى عن الخطأ اليسير. والذي أدخل اللبس في شأن الخطأ المهني أن المعيار الذي يقاس به هذا الخطأ هو أيضاً معيار فني فهو معيار شخص من أواسط رجال الفن. مثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ فيما استقرت عليه أصول فنه. والأصول المستقرة للفن هي ما لم تعد محلاً للمناقشة بين رجال هذا الفن بل أم جمهرتهم يسلمون بها ولا يقبلون فيها جدلاً. ومن ثم يبدو الخروج على هذه الأصول المستقرة خطأ لا يغتفر، ويكاد يلامس الخطأ الجسيم فاختلط به، ولكن يجب التنبيه إلى أن الخروج على

(1) أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف24 ص16.
(2) مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف71 ص63؛ عبدالمهيمن بكر، شرح القسم الخاص في قانون العقوبات، 1977، ص616 هامش رقم 1.
(3) د. فوزية عبدالستار، الخطأ غير العمدي، المرجع السابق، ف77 ص131.

هـذه الأصول المستقرة جسيماً كان هـذا الخروج أو يسيراً يعد خطأً مهنياً يستوجب المسؤولية)) [1].

يضاف إلى كل ما تقدم أن نص المادتين (1382 و1383) من القانون المدني الفرنسي ما هما إلا نصان عامان ومطلقان لا يفرقان بين طبيب وغيره أو بين خطأ عادي أو مادي وخطأ فني أو مهني، وليس لهذه التفرقة أي سند في تشريعات البلاد العربية كلها[2].

ويقول أستاذنا الدكتور الذنون في هذا الصدد: ((إنني أحسب أن هذه الدعوة إلى الأخذ بالتفرقة بين الخطأ العادي والخطأ الفني دعوة أملتها رغبة بعض الفقهاء في تفضيل طبقة على طبقة، وهي دعوة لم تعد مقبولة في ظل سيادة الأفكار والمبادئ الديمقراطية التي تأبى قبول أو إقرار مثل هذه المعاملة الخاصة التي تنطوي على امتيازات طبقية أو مهنية لم يعد لها محل على الإطلاق، وهذا ما أدركه القضاء الفرنسي إدراكاً سريعاً وكاملاً..))[3].

إن المسؤولية القانونية، سواء المدنية منها أو الجنائية، لا يمكن أن تنهض بمعزل عن النظام الاجتماعي الذي ارتكب فيه المخطئ الفعل الضار وألحق الضرر بالآخرين، فقد تثور المسؤولية القانونية هذه وتترتب دون أن يكون لدى مقترف الفعل الضار أي اكتراث أو شعور بالذنب أو التقصير أو الإهمال أو الخطيئة، فقد تنهض المسؤولية القانونية دون وجود العنصر الشخصي، طالما، أن النظام الاجتماعي والمعتقدات والاعتبارات الاجتماعية الجارية في هذا النظام الاجتماعي ترى في هذا الفعل أو في هذا التصرف الذي أتاه الإنسان (خطأ) أدى إلى حدوث ضرر بالغير أو بالمجتمع ذاته، وإذا أخذ هذا العنصر النفسي أو ذلك الشعور الذاتي بالمسؤولية بعين الاعتبار في بعض الصور والحالات فإنه يؤخذ لا من أجل تقرير توافر أو وجود المسؤولية القانونية أو عدم وجودها وإنما يؤخذ كعامل من العوامل التي (تعدل) أو تؤثر في بعض أحكام المسؤولية[4].

لذلك ينتهي الرأي في القضاء الحديث إلى إقرار مسؤولية الطبيب عن أخطائه أياً كانت درجة جسامتها، فالطبيب يسأل عن خطأه الجسيم كما يؤاخذ عن خطأه اليسير، بل يُساءل أيضاً عن الخطأ الطفيف.

---

(1) د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، 1981، ف548 ص1147 وما بعدها.

(2) أستاذنا د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج2، المرجع السابق، ف579 ص338.

(3) أستاذنا د. الذنون، المبسوط في المسؤولية، المرجع السابق، ف580.

(4) أستاذنا د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج2، المرجع السابق، ف580 ص339.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في المعنى السابق بأن: مجرد الخطأ من جانب الطبيب تنهض بالمسؤولية دون تطلب أن تبلغ من الجسامة حداً معيناً[1].

ويبدو، من استعراض أحكام القضاء الفرنسي، أن هذه الأحكام تستخدم، في صدد المسؤولية الطبية، بعض التعبيرات التي تتفق مع الطبيعة الخاصة بالنشاط الطبي، فالأحكام تشير إلى وجوب أن يرتكب الطبيب خطأً محدداً، أو أن يخل إخلالاً مؤكداً بواجباته المهنية، أو أن يقعد عن تقديم الرعاية اليقظة المتفقة مع الأصول العلمية[2].

ومن جانب آخر فإن المشكلات الفنية للطلب تستدعي أن يعين القضاء خبير التقديم تقريراً يحدد وجود الخطأ أو إنفاءه؛ غير أن القاضي يملك، في هذا الإطار، سلطة التقدير التي تمكنه، على ضوء ملابسات الوضع المعروض، أن ينتهي إلى نتيجة تختلف مع ما انتهى إليه رأي الخبراء.

ومن ناحية أخرى، فإن الطبيب لا يرتكب خطأ في صدد المسائل التي يختلف فيها العلم ولا أهمية، في هذا الصدد، لكون الطبيب قد أخذ برأي راجح، أو تبنى، على العكس الرأي المرجوح[3].

لذلك استقر الفقه والقضاء، على أن الطبيب مسؤول عن كل فعل ضار إذا اقترف خطأ، سواءً أكان يسيراً أم جسيماً وسواءً تعلق بصنعته الفنية أم بواجبه والتزامه العادي[4].

فبعيد اقتناع القاضي اقتناعاً يقينياً وقطعياً أن الطبيب اقترف خطأ سواء فنياً أو عادياً يسيراً أو جسيماً، وطبقاً لمعيار الخطأ الذي قررناه سابقاً، فإنه يقضي بمسؤوليته عن الضرر الذي سببه للمريض؛ وهكذا يؤاخذ الطبيب ويسأل عن ارتكابه للأخطاء العادية، كالإهمال، وعدم التحرز، التي يمكن أن تقع من شخص عادي، كالطبيب الذي يجري عملية جراحية لشخص في العضو السليم بدلاً من العضو المصاب بالمرض، أو الذي لا يثبت المريض كما يجب على منضدة العمليات أو الكشف، أو الذي لم يتأكد من محتوى الزجاجة الذي يستعمله في حقن المريض؛ ولا يحتاج القاضي في تقدير الخطأ العادي إلى الاستعانة بالخبراء الفنيين من الأطباء. أما بخصوص الأخطاء

(1) نقض مدني فرنسي في 30 تشرين الأول (أكتوبر) سنة 1963 دالوز 1964 ـ 1 ـ 81.

(2) نقض مدني فرنسي في 12 مايس (مايو) سنة 1964، الأسبوع القانوني 1964 ـ 2 ـ 267.

(3) مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف72 ص64 و65؛ حسن عكروش، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص66.

(4) د. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ص36؛ قارن د. محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص11.

الفنية أو المهنية، فإنه وإن كان الفقه والقضاء لا يشترط لمسؤولية الطبيب عنها ارتكابه لخطأ جسيم، إلا أنه يتعين أن يقام الدليل القطعي للقاضي أن الطبيب، بإهماله أو عدم تحرزه، قد خالف بصورة أكيدة وقطعية الأصول الفنية الطبية، فقصر في تنفيذ التزاماته بأداء العناية المخلصة والجدية المطابقة للمعطيات العلمية في وقت اقترافه للخطأ الفني، وهنا يستعين القاضي بالخبراء الفنيين من الأطباء الذين يكونون بمستوى الطبيب الذي نسب إليه الخطأ للتثبت من أن الطبيب قد اقترف خطأ أو ارتكب تقصيراً أو إهمالاً أو خالف في تنفيذ واجباته والتزاماته.

وهكذا انتهى التطور بالفقه الحديث[1] إلى تبني وجهة نظر جديدة تقضي بمؤاخذة الطبيب عن كل خطأ يقترفه سواء أكان عادياً أم فنياً، جسيماً أم يسيراً، فالطبيب يخضع للقواعد العامة ما دامت النصوص القانونية في التشريعات المدنية لم تستثن الأطباء من هذا الإطار؛ فالأخذ بمبدأ المسؤولية المطلقة، لا يحد، من عدم إقحام القضاء في الخلافات العلمية، فالقضاء عندما يصعب عليه القطع برأي في مسألة فنية، يلجأ إلى أهل الخبرة من الأطباء أنفسهم ليسترشد بخبرتهم فيما التبس عليه من أمور فنية؛ أما حرية الأطباء في الأخذ بالآراء والنظريات الطبية الحديثة والمتطورة لا يحد منها، الأخذ بمسؤولية الطبيب عن كل خطأ يرتكبه، إذا خالف الطبيب أحد المبادئ الطبية المستقرة التي لا مجال فيها للخلاف في الرأي، أما القواعد العلمية والفنية التي تكون محلاً للخلاف والاجتهاد في الرأي، والتي يترك تقديرها للطبيب، فلا يمكن أن نلقي بالخطأ على كاهله إذا فضل رأياً على آخر واجتهد فيه، ولو أن الرأي الذي اختاره أو الاجتهاد الذي فضله ليس هو الغالب، طالما أنه مبني على أسس علمية بينة، والعبرة في تقدير توافر الخطأ بالمعيار الذي يطبقه القضاء، فإذا طبق القضاء معيار الشخص العادي الذي وجد في نفس ظروف الطبيب الذي نسب إليه الخطأ، فإن ذات المعيار هو الذي يؤخذ به ويطبق على الطبيب فيصبح رجل الطب أو رجل الفن المعتاد هو المقياس الضابط في تقدير الخطأ، فإذا كان الطبيب الذي نسب إليه الخطأ قد تصرف ما كان يتصرف به، في مثل موقفه أو ظروفه، رجل الطب العادي أو المتوسط العناية والحذر، فلا يؤاخذ على فعله، أما إذا خالف تصرف أو سلوك هذا الطبيب

(1) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف33 ص21؛ ومؤلف المبسوط، ج2، المرجع السابق، ف587، ص343؛ د. السنهوري، المرجع السابق، ص822؛ د. محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص365 وما بعدها؛ د. فوزية عبدالستار، الخطأ غير العمدي، المرجع السابق، ف78 ص132 وما بعدها؛ د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص20 وما بعدها؛ د. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ص35 وما بعدها؛ د. حمدي عبدالرحمن، معصومية الجسد، المرجع السابق، ص22؛ د. وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص45.

المتوسط العناية فإنه يكون قد اقترف خطأ، وبالتالي تقام مسؤوليته عن الضرر الذي سببه للمريض، كما رأينا سابقاً. وهذا الرأي محبذ، لكونه يحافظ على حقوق المرضى وحمايتهم ضد خطأ الطبيب، أياً كانت درجة هذا الخطأ طالما، أنه لا يدخل في إطار هذا الخطأ اتباع الأساليب الطبية الحديثة مما لا يخشى معه الركود والتوقف عن مسايرة الركب العلمي.

وقد ساير القضاء في كل من فرنسا ومصر ركب الفقه في هذا الاتجاه، فقد قضي في فرنسا بأن الطبيب يؤاخذ عن الأخطاء التي يقترفها أثناء مزاولة مهنته، ولا يستوجب لنهوض مسؤولية الطبيب أن يكون خطأه جسيماً، ذلك أن نصوص مواد القانون لا تعفي الطبيب إذا كان خطأه يسيراً، ولكن الأمر يتطلب أن يكون خطأ الطبيب واضحاً[1]؛ وقضي كذلك، بأن إجراء عملية جراحية دون وجود مختص بالتخدير يعتبر خطأ[2]؛ ولكن من المؤكد أن الجراح لا يسأل إذا كان ملزماً بالتدخل في حالة عاجلة كأن كانت الزائدة الدودية للمريض متفجرة ومصحوبة ببداية التهاب بريتوني.

وقضي في مصر بأن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود الخطأ مهما كان نوعه سواء أكان خطأ فنياً أم غير فني جسيماً أم يسيراً، لهذا فإنه يصح الحكم على الطبيب الذي يرتكب خطأ يسيراً ولو أن هذا الخطأ له مسحة طبية ظاهرة[3]؛ كما وقضي بمساءلة الطبيب عن خطأه سواء أكان جسيماً أم يسيراً ما دام الخطأ ظاهراً لا يحتمل نقاشاً فنياً تختلف فيه الآراء[4].

وفي قضية تتلخص وقائعها في أن طبيباً، غير متخصص في الأمراض النسائية والتوليد، قام بإجراء عملية كحت لإحدى السيدات، لوجود حالة نزيف لديها فمزق جدار الرحم لعدم خبرته بإجراء مثل هذه العملية، وتدلى من ثقب جدار الرحم الممزق جزء من الأمعاء الدقيقة مما سبب للمريضة آلاماً، واستدعي هذا الطبيب لمعرفة أسبابها عدة مرات فرفض، فأخبره زوجها في إحدى هذه المرات بأنه شاهد شيئاً يتدلى من جسم المريضة، فقال الطبيب إن ذلك لا بد أن يكون دماً متجمداً، وظل الزوج يلاحق الطبيب في اليوم التالي لزيارة المريضة، ولكن الطبيب لم يستجب لهذا الطلب، وأخيراً تم نقل المريضة إلى المستشفى، حيث استدعت حالتها بتر الرحم والجزء المتدلي من الأمعاء بعد أن تبين أنه متعفن، وقد جاء بتقرير كبير الأطباء الشرعيين أن ما

(1) نقض فرنسي في 4 تشرين الثاني (نوفمبر) 1946، أشارت إليه د. فوزية عبدالستار، المرجع السابق، ص133.
(2) نقض فرنسي في 27 حزيران (يونيو) 1970، أشارت إليه د. فوزية عبدالستار، المرجع السابق، ص133.
(3) محكمة استئناف مصر في 2 كانون الثاني (يناير) سنة 1936، المحاماة، س16، ف334، ص713.
(4) محكمة الإسكندرية الابتدائية الأهلية في 30 كانون الأول (ديسمبر) سنة 193، المحاماة، س24، ف53، ص78.

حدث للمريضة كان نتيجة قلة خبرة الطبيب المعالج، وأنه يعتبر خطأ من جانبه يسأل عنه وإن كان لا يرقى إلى مرتبة الخطأ المهني الجسيم، وقد قررت المحكمة مساءلة الطبيب عن هذا الخطأ اليسير ـ حسب تقرير الخبير ـ، ولما طعن بالقرار قررت محكمة النقض رفض الطعن في الحكم الصادر دون أن تشير إلى درجة جسامة الخطأ[1].

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه: ((ما دام ضده هو طبيب مزج الدواء (مسحوق البنسلين والاستربتوميسين) بمحلول الطرطير بدلاً من الماء المقطر الذي كان يتعين مزجه به فقد أخطأ، لأن استيثاق الطبيب من كنه الدواء الذي يتناوله المريض في مقام بذل العناية في شفائه، وبالتالي فإن التقاعس عن تحريه والتحرز فيه والاحتياط له إهمال يخالف كل قواعد المهنة وتعاليمها وعليه أن يتحمل وزره))[2].

وفي قضية تتلخص وقائعها، في أن طبيباً قد أخطأ بقيامه بإجراء جراحة للمريض في العينين معاً في وقت واحد مع عدم الحاجة إلى الإسراع في إجراء العملية الجراحية وفي ظل الظروف والملابسات المشار إليها في التقارير الفنية، وهو اختصاصي، ودون اتخاذ كافة الاحتياطات التامة لتأمين نتيجتها والتزام الحيطة الواجبة التي تتناسب وطبيعة الأسلوب الذي اختاره فعرض المريض بذلك لحدوث المضاعفات السيئة في العينين معاً وفي وقت واحد، الأمر الذي انتهى به إلى فقد إبصارهما بصفة كلية؛ وقد قالت محكمة النقض المصرية في هذه القضية إنه: ((من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروط بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة، فإذا فرط في اتباع هذه الأصول أو خالفها حققت عليه المسؤولية بحسب تعمده الفعل ونتيجته أو تقصيره وعدم تحرزه في أداء عمله))[3].

وأخيراً، نرى، أهمية قيام مسؤولية الطبيب، متى خرج عن مقتضى بذل الجهد والمساعي الصادقة واليقظة المتفقة، في غير الظروف الاستثنائية، مع الأصول والقواعد والمبادئ الطبية المستقرة، وهي المبادئ التي يتفق عليها أهل المهنة في الميدان الطبي، ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يهمل فيها من زملائهم الذين ينتمون إلى ذات هذه المهنة، ما لا يحتمل فيه النقاش أو تختلف فيه الآراء، فلا يؤاخذ أو يساءل الطبيب إن هو اختار نظرية قال بها عالم فاتبعها، وإن لم يستقر عليها الرأي الطبي بعد، مهما كانت النتائج الناجمة عن نشاطه الطبي؛ مع مراعاة بعض الملابسات المحيطة بالطبيب والتي

(1) نقض مصري في 11 حزيران (يونيو) سنة 1936، مجموعة أحكام محكمة النقض، ص14، ف99 ص506.
(2) نقض مصري في 11 شباط (فبراير) سنة 1973، مجموعة أحكام محكمة النقض، س24، ف40 ص180.
(3) نقض مصري في 20 نيسان (إبريل) سنة 1970، مجموعة أحكام محكمة النقض، س21، ف148، ص626.

أثرت حتماً في تصرفه وسلوكه إذ لا بد من ترك عالم التجرد إلى عالم الحقيقة، وهنا يتعين على القاضي أن يلتفت إلى ظروف الزمان والمكان.

الفرع الثالث: الخطأ الجسيم والخطأ اليسير

ظهرت فكرة الخطأ الجسيم في أواخر عهد القانون الروماني، وتعني الخطأ الذي لا يقترفه الشخص قليل الذكاء والعناية، وكان الرومان يعطون الخطأ الجسيم حكم الغش لصعوبة إثبات الغش وللحيلولة دون أن يتظاهر الشخص المقترف للغش، بمظهر الغباء تخلصاً من جزء الغش؛ وانتقلت هذه الفكرة إلى القانون الفرنسي القديم، عن طريق بوتيه، حيث كانت لها منزلتها في نظرية تدرج الخطأ التي يكاد الفقه الحديث يجمع على أن تقنين نابليون قد قضى عليها واستبعدها استبعاداً تاماً[1].

وتحديد فكرة الخطأ الجسيم، كفكرة لها نطاقها الذاتي لم تغب عن أذهان الفقهاء، منذ البدء، فهذا بوتيه الفقيه الفرنسي القديم، يعرف الخطأ الجسيم في تقسيمه الثلاثي للأخطاء بأنه: ((عدم بذل العناية بشؤون الغير بصورة لا تصدر من أقل الناس حرصاً وأشدهم غباءً في شؤونهم الخاصة، وهذا الخطأ يتعارض مع حُسْن النية)). ولكن تحديد فكرة الخطأ الجسيم في العصر الحديث ارتبطت بتعدد الأدوار المسندة إلى هذا الخطأ)) [2].

ولكن الخطأ هو إخلال بواجب قانوني، فالتفاوت أو التدرج يمكن تصوره في مضمون الواجبات القانونية وليس في الخطأ ذاته، إذ إن الخطأ يتحقق في حالة الإخلال بتلك الواجبات، وقد يقال أن الإخلال بواجب جوهري يعتبر أكثر جسامة من الإخلال بواجب ثانوي، فإن ذلك يعبر عن التفاوت في أهمية الواجبات التي يحصل الإخلال بها، ولا يعد تعبيراً عن درجة الإخلال أو درجة الخطأ في ذاتهما؛ ولهذه الأسباب استبعد واضعو التقنين الفرنسي فكرة تدرج الخطأ التي سادت في رحاب القانون الفرنسي القديم، ولم يفرقوا في أحكام المسؤولية بين خطأ جسيم أو خطأ يسير، بل جعلوا الأثر واحداً وهو الالتزام بتعويض الضرر الناجم عن الخطأ مهما كانت درجة هذا الخطأ[3].

---

(1) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، دروس لقسم الدكتوراه في جامعة القاهرة 1955، ف735 ص272.

(2) د. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، الإسكندرية، بدون سنة طبع، ف193 ص369؛ د. محمد مختار القاضي، أصول الالتزامات في القانون المدني، القاهرة 1951، ص202.

(3) د. سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، 1958، ف43 ص83؛ وكذلك مؤلفه المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، 1971، ف99 ص256.

بيد أن المحاكم درجت على مراعاة درجة جسامة الخطأ، عند تقرير التعويض، وعند توزيع المسؤولية بين الشركاء في الفعل الضار، وقد أخذ المشرع المصري ما جرت عليه المحاكم، عند تقنينه للقانون المدني الحالي رقم 131 لسنة 1948[1]؛ وحذا حذوه المشرع السوري عند سنّه للقانون المدني النافذ رقم 84 لسنة 1949[2]؛ ونهج نهجه المشرع العراقي عند وضعه القانون المدني المطبق حالياً رقم 40 لسنة 1951[3].

وقد درجت المحاكم على اشتراط الخطأ الجسيم في المسؤولية المهنية وخصوصاً مسؤولية الأطباء، وإن كان الفقه ينازع في إعفاء الأطباء من المسؤولية عن الخطأ اليسير[4].

وهكذا عادت فكرة الخطأ الجسيم إلى الظهور من جديد في القانون المعاصر، وتحت جناح المسؤولية الطبية؛ ومما لا ريب فيه أن فكرة الخطأ الجسيم في القانون المعاصر ليست واحدة، فهي تعني أحياناً الخطأ الذي يبلغ الذروة، أو يبلغ حداً يسمح بافتراض سوء نية الفاعل حيث لا يمكن إقامة الدليل عليها، وتعني في أحيان أخرى، الإهمال أو عدم التبصر الذي يبلغ من الجسامة حداً يجعل له أهمية خاصة، وأحياناً يقصد به الإخلال بواجب ثابت محقق ولا جدال بشأنه، ويعتبره البعض خطأً عادياً لا يتميز عن غيره بشيء، والبعض الآخر يرى فيه درجة من الخطأ أشد من الخطأ العادي دون أن تبلغ حد الخطأ الجسيم المعروف في القانون الروماني[5]. وقد وصفته محكمة النقض المصرية بأنه الخطأ الذي يقع من شخص قليل الذكاء والعناية لا يتصور وقوعه إلا من شخص غبي عديم الاكتراث[6].

وتحدي فكرة الخطأ الجسيم يقتضي التمييز بينه وبين الغش، من جهة، والخطأ العمد والخطأ الذي لا يغتفر، من جهة ثانية، وبينه وبين الخطأ اليسير، من جهة ثالثة، مع التعرف على الوسائل التي قدمها الفقه والقضاء لتحديد هذه الفكرة.

---

(1) المادة 170 من القانون المدني المصري.
(2) المادة 171 من القانون المدني السوري.
(3) المادة 169 من القانون المدني العراقي.
(4) د. سليمان مرقس، الفعل الضار، ط2، القاهرة 1956، ف48 ص65.
(5) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، القسم الأول، 1971، المرجع السابق، ف100 ص259.
(6) نقض مدني مصري في 9 كانون الأول (ديسمبر) 1954 اشار إليه د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص259 هامش رقم 4.

وقد كان التمييز بين الغش والخطأ الجسيم محل جدل كبير من الفقه والقضاء الفرنسي فذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى المساواة بين الغش والخطأ الجسيم تأسيساً إلى القاعدة التي سادت في القانون الروماني Cmlpa Latgdoo aequiparatur. إلا أنه يرد بأن القاعدة لا تعني في حقيقتها أن القانون الروماني قد قصد إلى المساواة بين الغش والخطأ الجسيم أو إلى إخضاع الخطأ الجسيم لنظام استثنائي مثل ذلك الذي يخضع له الغش، فالقانون الروماني يرمي إلى أن هذه القاعدة تعني أن المدين يكون في جميع العقود مؤاخذاً ليس عن الغش فقط بل عن خطأه الجسيم أيضاً؛ ففي القوانين المعاصرة لا يمكن الاستناد إلى هذه القاعدة القديمة التي يكتنفها الشك في وجودها وفي فهمها، ناهيك عن أن هذه القاعدة انهار أساسها وسندها بظهور تشريعات كثيرة تعتمد الخطأ العمد دون الخطأ الجسيم، كما هو الحال في قوانين التأمين الإلزامي[1].

وقد اتجه أنصار المساواة بين الغش والخطأ الجسيم إلى سند آخر هو أن الخطأ الجسيم يعد قرينة على الغش فإذا كان الخطأ العمد يؤسس ويبني على النية والقصد، فإن مجرد علم الشخص بما قد ينجم من تصرفه من ضرر حتى وإن يقصد هذا الضرر، يكفي لوجود قصد الإضرار لديه مما يتساوى الخطأ العمد بالخطأ الجسيم؛ ولكن هذا واهٍ غير واقعي ولا يمكن الاستناد عليه، حيث إن القصد يفترض إرادة تتجه نحو مرمى وغاية، فالضرر الناجم عن الخطأ العمد ينبغي أن يكون مقصوداً وليس متوقعاً فقط[2]. فالخطأ العمد، في ميدان الالتزام التقصيري، هو ذاك الذي قصد به فاعلوه أو مقترفوه الإضرار بالغير، فلا يكفي أن يتوقع فاعل الفعل الضار إمكانية الضرر، وإنما يتعين أن يكون قد أراد وقوع الفعل المخالف للقانون والضرر، أما في حقل الالتزام العقدي، فيعد الخطأ عمداً أو غشاً، ليس فقط عندما يقترف بقصد الإضرار بالغير، وإيذائه، بل أيضاً عندما يقترف عمداً، أي بمجرد أن يختار المدين عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي[3]. والغش هنا هو الذي يرافق تنفيذ العقد وليس التغرير مع الغبن (التدليس) الذي يصاحب تكوين العقد. فالغش هو خطأ العاقد العمدي (سوء النية) وهذا القصد الشيء هو قصد الإضرار المعروف في نطاق المسؤولية التقصيرية، وإنما يراد به عدم

---

(1) د. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، المرجع السابق، ف194 ص370؛ نفس المعنى معوض عبدالتواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، المرجع السابق، ص43.

(2) د. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، المرجع السابق، ف194 ص371 وما بعدها؛ وقارن معوض عبدالتواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطاء، المرجع السابق، ص43.

(3) محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج2، المصادر غير الإرادية، المطبعة الجديدة، دمشق 1977 ـ 1978، ف682 ص59.

استقامة المدين، الذي يحاول متعمداً الإخلال بإلزاماته التعاقدية، وبالمقابل هناك في ميدان المسؤولية التعاقدية أخطاء ناتجة عن الإهمال وعدم التبصر، كما لو تعهد طبيب غير اختصاصي بالجراحة بإجراء عملية جراحية فوق الكبرى، فهذه الجراحة تجاوز طاقته؛ وإن كان المدين أصلاً يلزم بالتعويض، وإن لم يكن إخلاله بالتنفيذ ناجماً عن خطأه العمدي، وتأييداً لذلك قررت محكمة النقض السورية: بأن المسؤولية المدنية بالتعويض تترتب بمجرد وقوع الخطأ، ولا يشترط توفر العمد في إيقاع الضرر)) [1].

لذلك ذهب رأي آخر إلى أن الخطأ الجسيم يعد قرينة قابلة لإثبات العكس على قيام الغش، فالمساواة بين الغش والخطأ الجسيم لا تبنى على الوحدة بينهما في الطبيعة، إذ الخطأ الجسيم مهما كان جسيماً، لا يعني أنَّ مقترفه قد أراد تحقق الضرر، وهو لهذا السبب خطأ غير عمدي، يتجسد في غلط أو إهمال أو عدم احتراز أو عدم احتياط، فهو خطأ عادي، كل ما في الأمر أنه يختلف عنه في درجة مقدار الجسامة، كما أنه إذا كانت فكرة النظام العام والشرط الإرادي تبرر إلغاء شروط عدم المسؤولية أو شروط تحديد المسؤولية في حالة الخطأ العمدي، فإن ذلك لا يصدق على الخطأ الجسيم من حيث التبرير؛ ولكن المشابهة بين الغش والخطأ الجسيم تتعلق بالإثبات، فمقترف الخطأ العمدي، يتظاهر دائماً بالغباء، فهو يقر بجسامة ما اقترف من خطأ عمدي ولكنه بالمقابل يتظاهر بحُسْن نيته، فهو يجسد دور الأحمق، فهو يصرح بأنه تصرف تصرفاً غير سوي (تصرفاً شاذاً) ولكن هذا السلوك كان تحت ظل الحماقة وبدون خبث، فيتعين إذاً أن نضع حداً لهذا السبيل السهل والميسور للدفاع، وذلك بأن نضع للخطأ الجسيم نفس النتائج المرتبة على الخطأ العمد؛ فالخطأ الجسيم يفترض الخطأ العمد، ولكن هذه القرينة البسيطة قابلة لإثبات العكس، لأن القرينة القانونية لا تكون قاطعة إلا مع وجود نص قانوني بذلك، وفي هذه الحدود فقط يمكن المساواة بين الخطأ الجسيم والخطأ العمدي[2]. وقد قيل تأييداً لهذه الفكرة، إن المساواة تحتمها الاعتبارات المستخلصة من المصلحة الاجتماعية كالإلزام بتعويض الضرر غير المتوقع في المسؤولية العقدية، وزوال شرط تحديد المسؤولية أو الإعفاء منها، وذلك حتى لا تثير فكرة التمييز في المعاملة بين الخطأ العمد والخطأ الجسيم أو

(1) نقض مدني سوري في 1954/11/9 أشار له د. محمد وحيد الدين سوار، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المصادر الإرادية، المرجع السابق، ف499، ص378 هامش رقم 1.

(2) د. محمد إبراهيم دسوقي، تقرير التعويض بين الخطأ والضرر، المرجع السابق، ف194 ص373؛ وقارن محمد وحيد الدين سوار، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، المصادر غير الإرادية، المرجع السابق، ف683 ص60 وما بعدها؛ وقارن د. محمد جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط3، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ف181، ص335.

مشكلة الحدود الفاصلة بينهما، ذلك أنه من الصعب في العمل معرفة ما إذا كان الخطأ الجسيم متعمداً أو غير متعمد، وأنه من الضرورة المساواة بين الغش والخطأ الجسيم حماية لفكرة الخطأ ذاتها التي تلقى اليوم هجوماً من كل مكان؛ فالخطأ العمد والخطأ الجسيم يختلطان في العمل ويصعب التمييز بينهما، كما أنه من المتعذر معرفة نية الفاعل، ولذلك يؤخذ الخطأ الجسيم قرينة على الخطأ العمد، ما لم يقم مقترف الخطأ الدليل على حُسْن نيته[1].

ولكن المستقر عليه في علم القانون أن حُسْن النية يفترض، وعلى المتضرر إقامة الدليل على سوء نية مقترف الخطأ، وأن القول بأن كل خطأ جسيم يكرس غشاً أو خطأً عمداً يؤدي بنا على أن نعكس القاعدة الثابتة في علم القانون، ونعتبر سوء النية هو القاعدة وحُسْن النية هو الاستثناء، وهذا لم يقل به أحد، ناهيك عن أن القرينة لا تكون مقبولة في المسائل القانونية، وإنما تستساغ في الأمور الواقعية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، إن القول بأن الخطأ الجسيم يضاهي الغش ويساويه، هو قول خاطئ من الناحية النفسية، والسبب في ذلك هو وجود هوة واسعة، بين الخطأ الإرادي وإن كان جسيماً وبين الغش أو الفعل المقترف بسوء نية، والدليل على ذلك هو أنه مما يتعارض مع الأخلاق تحصين الشخص من نتائج فعله في نطاق الخطأ وليس الأمر كذلك في إطار الخطأ الجسيم[2].

إذاً مبدأ التسوية بين الخطأ الجسيم والغش مبدأ مرفوض، لأن المشابهة بينهما يعتبر مبدأ تقليدياً ترجع جذوره إلى القانون الروماني، وإن كان لا يرجع على عهد جستيان وانتقل منه إلى القانون الفرنسي القديم. ولم يؤثر إغفاله في المجموعة المدنية الفرنسية، على أخذ القضاء الفرنسي به، وإن اختلف الفقه الفرنسي حول وجوده وحول فحواه، وأخذت به التشريعات المدنية العربية، ورغم كل ذلك فإنه من الصعوبة بمكان المساواة بينهما لعدم اتفاقهما واختلاف طبيعتهما، ويقول الدكتور محمود جمال الدين زكي في هذا الخصوص:

((... إنما تتأسس التسوية في، رأينا، على اعتبارات اجتماعية أدت إلى بقائها في القانون الحديث: الخطأ الجسيم، لكونه وليد عدم اكتراث بالغ بالالتزامات واستهتار كبير بالحقوق، يقترب في خطورته على العلاقات القانونية، من الخطأ العمدي،

---

(1) د. إسماعيل غانم، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ف34، ص68 هامش رقم 1.

(2) د. محمد إبراهيم دسوقي،تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، المرجع السابق، ف194 ص374؛ معوض عبدالتواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، المرجع السابق، ص44.

ويجب، من ثم، إخضاعهما لنظام واحد. فإذا كان الفارق كبيراً، في الناحية الخلقية، بين مسؤولية المدين الذي يرتكب غشاً والمدين الذي يأتي خطأً جسيماً، فإنهما يقتربان، في الناحية الاجتماعية، ويتعين، من ثم، التسوية بينهما في الآثار القانونية))[1].

ولكن رغم وجاهة هذا الرأي، فإنه محل نظر، لأنه حتى في الآثار القانونية المترتبة على الغش والخطأ الجسيم لا يمكن المساواة بينهما، لأن الأثر الذي يتركه الغش في النفوس له وقع أكبر من الأثر الذي يتركه الخطأ الجسيم، فالغش يدل على خطورة وخسة نفس مرتكبه. لذلك لا يمكن تشبيه الخطأ الجسيم بالخطأ العمدي أو الغش، فالخطأ الجسيم لا ينطوي على قصد الإضرار بالغير، بالإضافة إلى أن الخطأ العمد يوزن بمقياس ذاتي أو شخصي عند البحث عن النية أو القصد، في حين أن الخطأ الجسيم يوزن بمقياس موضوعي مجرد هو مقياس الشخص العادي، ناهيك عن أنه في ميدان المسؤولية التعاقدية يتجسد الخطأ العمد في رفض تنفيذ الالتزام، في حين أن الخطأ الجسيم يتمثل في تأكيد نية التنفيذ، إذ الانحراف لن يتوافر إلا بصدد التنفيذ، إذاً هناك اختلاف واضح بين الفكرتين[2].

وبناءً على ما تقدم، فإنه، يراد بالخطأ الجسيم الخطأ الفظ الغليظ الذي لا يقترفه أكثر الناس إهمالاً أو غباوة، بغض الطرف عن كونه مقصود أو غير مقصود، متعمد أو غير متعمد. وفاعل هذا الخطأ لم يرغب في إيقاع الضرر، ولا رفض تنفيذ العقد، ولكنه تبدى في سلوكه، وكأنه أراد ذلك. وتجنباً لادعاء مرتكب الخطأ العمدي الغباء، تهرباً من عاقبة فعله، ذهب الشراح منذ عهد القانون الروماني إلى إلحاق الخطأ الجسيم بالخطأ العمدي، ثم بسط هذا المبدأ، فيما بعد، على المسؤولية التقصيرية[3].

فالخطأ الجسيم بهذا المعنى، هو ذلك الخطأ الذي يقترفه ذوو المهن أثناء ممارستهم لصنعتهم وتقديم الخدمات أو الواجبات المطلوبة منهم إلى زبائنهم، كخطأ الطبيب المتميز، فهو الفعل أو الترك الذي ينم عن خرق أكيد للقواعد المهنية والقانونية بإجماع أرباب المهنة الواحدة، وعدا مثل هذا الفعل أو الترك فإن المهني لا يعد مسؤولاً عن أي فعل أو ترك غيره، فالشك في كون الفعل أو الترك يجسد خرقاً للقواعد المهنية،

---

(1) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ف182 ص340.

(2) د. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، المرجع السابق، ف194، ص375.

(3) محمد وحيد الدين سوار، مصادر الالتزام، ج2، المصادر غير الإرادية، المرجع السابق، ف683 ص60.

بأن تكون صحته موضع خلاف بين أبناء المهنة الواحدة، أو يوجد له بعض المبررات المعقولة، ينفي عنه صفة الخطأ الجسيم. والقضاء متأثراً باعتبارات التقدم العلمي الطبي والاجتماعي وتعزيز روح الابتكار والجديد لم ير داعياً إلى مؤاخذة المهني أو الفني عن كافة النتائج غير المرضية للعمل الطبي، إذ لو فعل لشلت أيدي الأطباء عن مزاولة فنهم، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، لساد الجمود والتخلف الحقل الطبي، وتناقصت فعاليته في خدمة المجتمع، تلك الخدمة الإنسانية والضرورية، التي لا غنى للمجتمع عنها بأي حال من الأحوال. فالقضاء في مؤاخذته للطبيب يضع أمام عينيه اعتبارين مهمين، الأول: إفساح المجال أمام الطبيب لأداء فنه وخبرته بأفضل طريقة وبأجدى نتيجة، والثاني: التشدد مع الطبيب في كل خطأ يثبت أنه خرق أكيد للقواعد القانونية والمهنية واعتبار هذا الخطأ جسيماً ومعاملة مقترفة بشدة صوناً وحماية لحقوق ومصالح المرضى المتعاملين مع هذا الطبيب[1].

وكذلك يتميز الخطأ الجسيم عن الخطأ الذي لا يغتفر في القانون الفرنسي من حيث الصفة الإرادية للفعل، فالخطأ الجسيم خطأ غير عمدي يتجسد في أفعال الإهمال أو عدم الحيطة غير الإرادية، في حين أن الخطأ الذي لا يغتفر يكرس الفعل الإرادي، وبعبارة أخرى، أن الفعل الذي أحدث الضرر كان محل إدراك أو قبول الشخص الذي اقترف الخطأ، وبديهي أن الصفة الإرادية للفعل لا تمتد إلى الضرر نفسه، وإلا كنا بصدد خطأ عمدي[2].

تحديد الخطأ الجسيم وتمييزه عن الخطأ اليسير:

لم يتمكن الفقه والقضاء من التقيد بتعريف موحد للخطأ الجسيم السبب في ذلك هو غياب تعريفه القانوني، وتعدد صوره. فإذا كان من السهل التمييز بين الخطأ الجسيم والغش، لاختلاف طبيعتهما، فإنه من التعقيد والصعوبة بمكان، تحديد الخطأ الجسيم وتمييزه عن الخطأ اليسير، ولكن الفقه اقترح، لهذا التمييز ضوابط مختلفة وعديدة، لم يسلم أحدهما من النقد[3].

فقد ذهب رأي إلى قياس الخطأ الجسيم بمدى الجسامة التي يتصف بها التقصير الذي نسب إلى المدين في الوفاء بالتزاماته التعاقدية أو القانونية، وبناءً عليه، فقد قيل

(1) د. عبدالحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988، ص31.

(2) د. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، المرجع السابق، ف196 ص377.

(3) د. محمود جمال الدين زكي، اتفاقات المسؤولية، مجلة القانون والاقتصاد، س30ن ع3، ف27، ص521.

أن الخطأ الجسيم هو ذلك الذي يبدو للقاضي متجاوزاً، بجسامته، ونتائجه الناجمة، الإهمال البسيط من المدين والتقصير التافه لأحكام العقد.

ولكن هذا التحديد تعرض للنقد من جهتين، أنه يميز الخطأ الجسيم بجسامته، مما يؤدي بهذا التعريف إلى أن يصبح عديم الفائدة، فمثله، مثل الذي يفسر الماء، بعد الجهد بالماء؛ هذا من جهة وأنه يخلط بين تقدير الخطأ وتقدير الضرر، وكلاهما أمر مستقل عن الآخر[1].

وذهب رأي آخر، إلى أن الخطأ الجسيم يتجسد في عدم إدراك ما يدركه كل الناس، أو كما قال بوتييه من أن الخطأ الجسيم هو عدم إعطاء شؤون الغير العناية التي يبذلها أقل الناس إدراكاً وأكثرهم غباءً في شؤونهم الخاصة. ولكن هذا التحديد بدوره غير صالح لتحديد فكرة الخطأ الجسيم في العصر الحديث، لأن الخطأ الجسيم ليس دائماً عنواناً للغباء والجهل؛ هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن هذا المعيار لا يمكن وجوده، لأنه يدل على وجود شخص يقل كفاية عن ((أقل الناس كفاية)) الذي أخذناه معياراً له، وهذا غير ممكن لأن الخطأ الجسيم يقترف أحياناً من قبل إنسان ماهر أو يقظ، ومن ذلك يظهر فساد هذا التعريف وعدم رواجه[2].

وذهب رأي آخر، إلى الأخذ بمعيار شخصي، يعتمد على الظروف الشخصية لمقترف الخطأ الجسيم إذا خالف عنايته المعتادة؛ ولكن هذا المعيار الشخصي يؤدي إلى نتائج غير عادلة، فالشخص المهمل في شؤونه الخاصة قد يفلت من الخطأ الجسيم، وفقاً لهذا المعيار، في حين أن الشخص شديد الحرص في شؤونه الخاصة يعامل معاملة قاسية، إذ يعد الخطأ اليسير لغيره خطأً جسيماً بالنسبة له[3].

والضوابط والمعايير التي تحدد الخطأ الجسيم، كثيرة جداً، ويطول بي الحديث لو استعرضتها كلها، وأكتفي بما تقدم، ولكني سوف أعرض المعيار الأكثر رواجاً في الفقه.

يقوم هذا المعيار، على درجة احتمال الضرر، وبتعبير أدق على درجة توقع احتمال الضرر، وبكلمة أخرى أكثر دقة، على درجة احتمال توقع الضرر؛ فالضرر يمكن، أن يكون محقق الوقوع، بمعنى أن فاعل الضرر واجه وقوعه باعتباره نتيجة حتمية لفعله. ويمكن أن ينظر إليه على أنه محتمل الوقوع، بمعنى أن فاعل الضرر قد واجه

---

(1) د. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، المرجع السابق، ف197 ص378.

(2) د. محمود جمال الدين زكي، اتفاقيات المسؤولية، المرجع السابق، ص582.

(3) د. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، المرجع السابق، ف197، ص380؛ وقارن د. محمود جمال الدين زكي، اتفاقات المسؤولية، المرجع السابق، ص584.

وقوعه باعتباره نتيجة محتملة لفعله. ويمكن أن ينظر إليه على أنه ينظر إليه على أنه لا يكون متوقعاً، بمعنى أن فاعله لم يتوقع باعتباره نتيجة ممكنة لفعله. ويمكن أن ينظر إليه على أنه لا يكون متوقعاً، بمعنى أن فاعله لم يتوقع في الأصل إمكان وقوعه، وفي هذه الحالات الأربع، يكون الأمر في الحالة الأولى غشاً، وفي الحالة الثانية يتوافر الخطأ الجسيم، وفي الحالة الثالثة يكون الخطأ يسيراً، وفي الحالة الرابعة ينتفي الخطأ لتوافر السبب الأجنبي(1).

والقاضي عند تقدير مدى احتمال وقوع الضرر لا يرجع إلى إرادة من نسب إليه الخطأ، لمعرفة ما إذا كان هذا الشخص المخطئ قد واجه الضرر على أنه محقق، أم محتمل، أم ممكن، بل يرجع إلى تطبيق القاعدة المجردة: للشخص العادي، بحيث ينبغي على هذا القاضي أن يقدر ما إذا كان الشخص العادي، في الظروف التي أحاطت بالمخطئ، يواجه الضرر على أنه محقق أو محتمل أو ممكن، فينهض الخطأ الجسيم إذا كان الشخص العادي يدرك أن الضرر الذي وقع نتيجة محتملة للفعل، أو للامتناع الذي صدر منه.

وحكمة التفرقة، عند القائلين بهذا الرأي، بين احتمال وقوع الضرر، حيث يكون الخطأ جسيماً، وإمكان وقوع الضرر، حين يكون الخطأ يسيراً، أن الشخص الذي نسب إليه الخطأ، في الحالة الأولى، قد قبل وقوع الضرر، ما دام قد أدرك احتمال وقوعه، ولكنه، في الحالة الثانية، قد اعتمد على عدم وقوعه ما دام لم يرَ سوى إمكان تحققه، دون احتماله. وينبغي على القاضي، في كل حالة، أن يقدر مدى احتمال وقوع الضرر، الذي يؤسس عليه تحديد جسامة الخطأ، لأنه لا يتعلق دائماً بالواقعة الضارة، ولكنه يوزن بالظروف التي اكتنفتها تلك الواقعة، مثل تكرار وقوع الضرر، أو تنبيه الفاعل، قبل وقوع الضرر، إلى احتمال حدوثه. ويذكر معتنقو هذا الرأي، إلى أنه يستند إلى نفس الأساس الذي تستند عليه التفرقة العامة بين الغش والخطأ غير المعدي: العنصر النفسي(2).

ومع كل ما تقدم فإن هذا المعيار، غير كافٍ، لتحديد فكرة الخطأ الجسيم، في كل الأحوال والظروف، وتتجلى عدم كفايته، في الحالة التي يكون فيها الشخص المخطئ، شخصاً بالغ اليقظة، أو خارق الذكاء وبكلمات أخرى أكثر دقة، عندما يكون الشخص الفاعل أكثر يقظة أو ذكاءً من الشخص الاعتيادي الذي اتخذ أساساً

(1) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ف183 ص341.

(2) د. محمد جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ف183 ص341.

له، فقد يدرك الأول أن الضرر محقق، في حين لا يدرك الثاني إلا احتمال تحقق هذا الضرر، وفي مثل هذه الظروف، يكون الأول مقترفاً الغش، وليس مجرد الخطأ الجسيم، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، أن استناد هذا المعيار لنفس الأساس الذي تبنى عليه التفرقة العامة بين الغش والخطأ غير العمدي، غير صحيح، لأن المعيار الذي يوزن به العنصر النفسي، ليس، في الحالتين واحداً والسبب في ذلك، هو أنه عند تمييز الخطأ الجسيم عن الخطأ اليسير، يعتمد على المعيار المجرد عند الشخص العادي، أما في حالة تمييز الغش وتحديده، فإنه يعتمد على المعيار الذاتي على نية الفاعل أو قصده[1].

وفي ميدان المسؤولية الطبية، فقد ظهرت، فكرة الخطأ الجسيم، على يد محكمة النقض الفرنسية، في حكم لها في 18حزيران عام 1835 في قضية تتلخص وقائعها في أن مريضاً استدعى أحد الأطباء لعلاجه، فقال الطبيب بأن هذه الظاهرة ليس لها آثار وخيمة، وأن الألم لن يستمر، وترك الطبيب المريض على هذه الحالة، ولكن الألم أخذ يتفاقم، مما أدى إلى استدعاء طبيب آخر، فقرر الأخير، وجود غرغرينة، تستوجب الجراحة السريعة لقطع الذراع، أقام المريض الدعوى على الطبيب الأول، حكمت محكمة الدرجة الأولى على الطبيب بدفع تعويض للمريض، استأنف الطبيب الدعوى، وقد أيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم، وعندما عرضت الدعوى على محكمة النقض الفرنسية رفضت الطعن، وأخذت بالنتائج التي استخلصها المحامي العام دوبان، وقد اعتبر هذا الحكم بمثابة الأساس لفكرة الخطأ الجسيم في الحقل الطبي. وقد قالت محكمة النقض الفرنسية بأن: ((الطبيب يُسأل عن الإهمال الذي وقع منه، وأدى إلى ضرورة قطع ذراع المريض، حيث إن ذلك الأمر بمثابة خطأ جسيم وقع من الطبيب، وعلى الخصوص أنه تخلى عن المريض بإرادته وتركه يعاني من آلام المرض)) [2].

وقد قيل لتبرير هذا الرأي ما اعتمدته محكمة النقض الفرنسية، وهو هناك مبدأ يمنع القضاء من التدخل في إطار المناقشات الطبيّة الصرفة، لإبعاد القضاء عن الدخول في هذه المسائل الطبية المحضة، وكي لا يحشر القضاء نفسه في البحث عما إذا كان العلاج أو إجراء التدخل الجراحي مناسباً للمريض أو غير مناسب، وما إذا كانت هذه الطريقة في التدخل الطبي، مجدية، أو لا، فهذه مسائل علمية وفنية، لا

(1) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ف183 ص342.
(2) نقض مدني فرنسي في 18 حزيران (يونيو) 1835، مشار إليه في رسالة هشام فرعون، المرجع السابق، ص50، وقد أشار إليه أيضاً د. عبدالرشيد مأمون في مؤلفه عقد العلاج، المرجع السابق، ف119 ص156، هامش رقم 2.

شأن للقضاء فيها، فهي أمور طبية محضة تخص المحفل الطبي نفسه؛ ولا علاقة للمحفل القضائي بها[1].

ولكن، عندما يكون هناك إهمال من الطبيب، لا شأن له بأمور الطب، كما في حالة جهل الطبيب بأمور عامة كان من الضروري أن يتفهمها، فإذا كان وقوع الطبيب في خطأ علمي يسير، أو عدم جدوى العلاج، الذي أجراه، غير كافيين لنهوض مسؤوليته، فإنه على العكس من ذلك، في بعض الحالات، حيث إنه قد يقع من الطبيب غش، أو سوء نية، أو إهمال غير مغتفر، فمثل هذا التقصير أو مثل هذه الأخطاء تختلف عن المسائل الفنية والطبية، وغير بعيدة عن الاختصاص القضائي، حيث إنها تكرس نقصاً خطيراً في القيام بالواجب، ففي هذه الحالات لا يمكن استبعاد الطبيب من المسؤولية وبعكسه، يتعرض المجتمع للضياع[2].

ومنذ صدور حكم محكمة النقض الفرنسية عام 1835، الذي اعتبر بمثابة الأساس لنظرية الخطأ الجسيم، أخذ القضاء وجانب من الفقه يذهب إلى أن الخصائص الفنية الطبية تقضي بأنه من المهم التمييز بين عمل الشخص العادي وعمله الفني، ونتيجة هذا التفريق تجر إلى تطبيق على كل منهما قواعد متباينة ومختلفة، وهذا الرأي يؤسس على فكرة الخطأ الجسيم الذي شيدته محكمة النقض الفرنسية في 18 حزيران من عام 1935. ويطلب من القاضي للتمييز بين نوعي الخطأ أو يلاحظ ما إذا كان السلوك الخاطئ الصادر من الطبيب عملاً عادياً أو عملاً فنياً، فإذا كان التصرف الصادر من الطبيب بصفته شخصاً فإنه يخضع للأحكام العامة في المسؤولية، وبعبارة أخرى أكثر دقة، فإن الطبيب يسأل عن الخطأ الذي اقترفه مهما كان يسيراً؟، في حين أنه لا يسأل عن الخطأ الفني المتعلق بمهنة الطب إلا إذا كان قد اقترف خطأ جسيماً[3].

وقد استند أنصار فكرة التمييز بين نوعي الخطأ على اعتبارين: الأول ـ إن التعارض الموجود في طيات العلاج الطبي، قد أفضى إلى أن وجود النموذج المجرد الذي يركن إليه القضاء في المقارنة خالٍ من أية موضوعية، فالقضاء سوف يرى بأن الخطأ هو خروج الطبيب عن السلوك المعتمد من قِبَل أطباء في المهنة الطبية، دون أن يتوفر

(1) د. حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص145؛ د. هشام فرعون، المرجع السابق، ص50.

(2) د. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، فـ120 ص158.

(3) د. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، المرجع السابق، فـ208 ص391؛ د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المصدر السابق، فـ121 ص159.

لديهم الدليل من أن التصرف الذي وقع يمثل خطأ أم لا، ولذلك فلا مندوحة من أن ينسب الخطأ إلى درجة خطورته؛ أما الاعتبار الثاني، فيقوم على أساس وجود خاصية التخمين والظن في الميدان الطبي، فالمريض الذي تحتم حالته إجراء عملية جراحية له، يتعين حتى لا تفشل هذه العملية توفير قدر كبير من حرية الحركة، وبالتالي، قد لا ينجح العلاج، لأن الطبيب في مثل هذه الظروف، يتحرك تحت سيف مسلط عليه، وهو أنه سوف يؤاخذ عن أقل هفوة وأدنى خطأ يقترفه أثناء إجراء هذه العملية؛ وهذا ينصرف إلى أن ممارسة مهنة الطب تنتظم خطراً لا بد منه، خصوصاً وأن المهنة الطبية والفن الطبي يستوجبان ضرورة التغيير في أساليب مزاولة هذه المهنة، وهذا التغيير من شأنه أن يفضي إلى جعل بعض الأساليب والطرق خاطئة، دون أن يكون بإمكان الشخص الذي وقع منه الخطأ إلى دفعه، والخطأ في هذه الحالة في المهنة لا في الممتهن[1].

ولكن هذه التبريرات رغم أنها تبدو منطقية، إلا أنها منتقدة من عدة نواحٍ، فمن تنوع طرق العلاج وتعدد أساليبه لا يمنع من تحديد الخطأ في النطاق الطبي؛ فالطرق والأساليب التي يستخدمها الأطباء لا تهم القضاء، بل إن الذي يهمه، هو الوصول إلى حقيقة معينة هي ما إذا كان طبيب آخر لو وضع مكان الطبيب المعالج، وفي ذات ظروفه الخارجية، سوف يختار ذات الأسلوب الذي لجأ إليه الطبيب المعالج، أو أنه سوف يختار أسلوباً مختلفاً، وأن عدم اتفاق الأطباء على فائدة وجدوى العلاج المقدم لا أثر له بالنسبة لتقدير الخطأ من قِبَل القضاء، فخلاف الأطباء هذا يقع خارج دائرة الخطأ، وخاصية التخمين في حقل العلوم الطبية لا تستبعد خطأ الطبيب ولا تخفف مسؤوليته أو تنفيها، إذ إن الطبيب لا يؤاخذ إلا في حدود خطأه، ففشل المحاولة أو الإقدام لا يرتب مسؤولية الطبيب، إذ يكفي أن يتصرف الطبيب بحذر وعناية في تنفيذ التزاماته التعاقدية أو واجباته القانونية حتى تكون جرأته وإقدامه لا تطالهما المسؤولية[2]؛ بالإضافة إلى ذلك فإن اعتبارات الملاءمة لا تبرر الخطأ الجسيم، لأن المسؤولية الطبية قد قامت أساساً لحماية الفرد في مواجهة الطبيب،وبناءً عليه يتعين ترجيح طمأنة وحماية المريض على اعتبارات طمأنة وحماية الطبيب[3]؛ لأن المريض في

---

(1) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف122 ص160.

(2) د. هشام فرعون، المرجع السابق، ص54.

(3) د. حمدي عبدالرحمن، معصومية الجسد، المرجع السابق، ص20؛ ج. حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص135؛ د. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى عن أخطاء الطبيب ومساعديه، المرجع السابق، ف212 ص397.

الأغلب هو الطرف الضعيف، ولا يعرف شيئاً عن كنه العلاج والأمور الطبية الأخرى، وهو في ذات الوقت يمنح الطبيب سلطة مطلقة عن جسده وعلى نفسه، وهذه أمور تستند على ثقة المريض بذلك الطبيب، وعليه يتعين أن تكون المسؤولية الطبية المدنية متناسبة، مع تلك السلطة المطلقة الممنوحة للطبيب على جسد المريض. ومع درجة تزايد هذه السلطة[1].

ومع كل ما تقدم، يقول أنصار فكرة الخطأ الجسيم، إنهم لم يأتوا بنظرية جديدة، ولم يخلقوا بدعة يلامون عليها، وإن كل ما قاموا به في هذا الميدان، هو استقراء أحكام المحاكم الفرنسية، وقد استنتجوا من حيثياتها الفتوى بين نوعي الخطأ.

ويفند أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون هذا الادعاء بالقول: ((وادعاؤهم هذا ادعاء غير صحيح فإنه إذا كان صحيحاً أن بعض أحكام المحاكم الابتدائية في فرنسا قد أخذت بهذه التفرقة وأنها أشارت إلى الخطأ الفني الجسيم أو الواضح، إلا أنه ينبغي أن لا يفهم من هذه الأحكام أن مسؤولية الأطباء لا تنهض إلا على أساس هذا الخطأ الفني الجسيم وحده، فإذا كانت تلك الأحكام التي يستند إليها هذا الفريق من الفقهاء قد رفضت الحكم على الأطباء بالتعويض وقدّرت مسؤوليتهم المدنية فذلك لأنه ثبت من وقائع الدعاوى المعروضة أن ليس هناك لا خطأ جسيم ولا خطأ يسير بل حتى ولا أي خطأ طفيف)) [2].

إن الحكم الأساسي، الذي يستند عليه مؤيدو التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، هو حكم دائرة العرائض الصادر في 20 تموز (يوليو) عام 1862؛ ويبدأ الحكم بوضع القاعدة العامة التي تقضي بأن الأطباء يخضعون لها كبقية الناس الآخرين، وهذه القاعدة هي مسؤولية الفرد عن كل خطأ أو تقصير أو إهمال يقع منه ويحدث ضرراً للغير، تمضي المحكمة في حكمها إلى القول: إن كل إنسان أياً كان مركزه أو مهنته يخضع لهذه القاعدة إلا في الحالات الاستثنائية التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك، وأن نصوص القانون لا تشير إلى أي استثناء يخص الأطباء؛ ولكن المحكمة أشارت في حكمها إلى أن على القضاء أن لا يوغل في فحص النظريات والأساليب أو الطرق الطبية فيتدخل في مناقشة أمور علمية صرفة، ومع هذا فإن هناك

---

(1) د. هشام فرعون، المرجع السابق، ص55؛ نفس المعنى د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف123 ص162.

(2) أستاذنا د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف581 ص339؛ ومذكراته في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف26 ص17.

قواعد عامة يفرضها الإحساس السليم والذوق الصحيح بحيث تفرض مراعاتها في كل مهنة أو حرفة، وفي هذا النطاق يخضع الأطباء للقواعد العامة للقانون، شأنهم في هذا شأن المواطنين الآخرين))[1].

ويبدو أن هذا الحكم لا يسعف أنصار فكرة الخطأ الجسيم بالاستناد إليه ولا يعتبر حجة أو سنداً لهم، بقدر ما يعتبر حجة أو سنداً عليهم وليس لهم فكل ما قررته محكمة النقض، من هذا الحكم، هو مجرد تقديم النصح لقاضي الموضوع بأن لا يتدخل في المحاورات والمناقشات الطبية المحضة، وأن لا ينحاز إلى هذه المدرسة الطبية - أو إلى هذا الفريق أو ذلك، أو إلى طريق علاج معينة دون سواها، لأن كرامة القضاء وهيبته تنأى بنفسها عن مثل هذه الأمور؛ فالحكم يقول بصراحة متناهية إن الطبيب غير مستثنى من الخضوع لأحكام القواعد العامة في المسؤولية المدنية، وإنه لم يمنع القضاء من مؤاخذة الطبيب عن كل ما يقترفه من خطأ مهما كانت درجة هذا الخطأ يسيراً أو جسيماً؛ وإن كل ما ارتأته المحكمة هو إلفات نظر القاضي إلى أنه يتعين عليه أن يتأكد من اقتراف الطبيب للخطأ، بأن يكون هذا الخطأ مؤكداً، ويستنتج هذا الخطأ من وقائع ملموسة وجلية وواضحة؛ ولم تقصد محكمة النقض الفرنسية أن تفرض على القاضي أن لا يتدخل في مناقشة كل الأمور والمسائل العلمية الطبية والفنية؛ ذلك لأن القاضي إزاء مثل هذه الأمور، يستعين برأي الخبراء الفنيين من الأطباء أنفسهم، من ذوي الاختصاص والخبرة العلمية، لأن الرجوع إلى تقارير الخبراء وآرائهم أصبح الآن من الأمور العادية المألوفة[2].

ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى أن الخبراء من الأطباء يجنحون إلى خلق الحجج والأسانيد لإبعاد زملائهم الأطباء عن المؤاخذة منها، وبناءً عليه، يمكن القول أن رأي الخبراء والفنيين من الأطباء يرمي، وعلى طول الخط، إلى إبعاد الأطباء عن المسؤولية وعدم مؤاخذتهم عن أخطائهم الفنية أو المهنية، إلا في حالة اقتراف الطبيب خطأ لا يمكن التغاضي عنه أو تجاهله؛ ولكن القضاء غير ملزم بالركون والاستناد دائماً إلى رأي أهل الخبرة والفنيين من الأطباء، وإنما يتعين عليه، أن يقرر مسؤولية الطبيب المدعى عليه، الذي، قرر الخبراء، أن ما ارتكبه من خطأ لا يعتبر خطأً جسيماً، وغير كافٍ لنهوض مسؤوليته[3].

(1) أستاذنا د. حسن علي الذنون، مذكرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف27 ص17 الذي أشار إلى حيثيات هذا الحكم والتعليق عليه.

(2) أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، نظراته السابقة، ف28 ص18.

(3) أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، نظراته السابقة، ف29 ص19.

نستخلص من كل ما تقدم أن الخطأ لا يتدرج، فهو واحد في جميع مصادره، فالذي يتدرج هو سعة وضيق الالتزامات الناشئة عن مصادرها.

فالخطأ هو ما يفعله الشخص المعتاد دائماً عندما يوضع موضع المسؤول (الطبيب) حيث إن معياره، هو معيار مادي وليس شخصياً. وجسامة الخطأ ليست دليلاً ومعياراً لقدر الضرر المترتب عليه، قد لا يحدث ما يسمى بالخطأ الجسيم إلا ضرراً قليلاً، بل قد لا يحدث ضرراً بالبتة، وفي هذه الحالة لا يكون هناك محل للتعويض، حتى لو كان ما يسمى بالخطأ الجسيم خطأً فنياً أو مهنياً. وقد يحدث ما يسمى بالخطأ اليسير ضرراً كبيراً، وحتى ما يسمى بالخطأ التافه قد يحدث ضرراً كبيراً.

وبهذا المعنى ذهبت محكمة التمييز إلى أن ترك الطبيب للملقط في أمعاء المريض، ليس من قبيل الخطأ الجسيم، بل عدته خطأً عادياً يلزم فاعله بالتعويض. فقد جاء في قرار حديث لها أنه... ((.. تبين أن المدعى عيه (المميز) كان قد أدين من قبل محكمة جنح الكرخ في القضية المرقمة 44/ج/1989 وفق المادة 416 ق.ع وذلك لعدم تأكده من عدم وجود أي ملقط قبل غلق بطن المريض عند إجرائه العملية الجراحية للمدعي (التميز عليه) وقد نجم عن ذلك إصابة المميز عليه بعجز دائم قدر بـ 20٪، لذا فإن مسؤولية المدعى عليه المميز الطبيب متحققة استناداً لأحكام المادة 204 من القانون المدني وحيث إن المحكمة ركنت في تقدير التعويض إلى خبراء وإن تقديرهم قد جاء مسبباً وغير مغالى فيه...)) [1].

(1) قرار رقم 1554/م3 منقول/1990 في 1990/12/4.
وتتلخص وقائع الدعوى بأن: ((المدعى (المميز عليه) ادعى لدى محكمة بداءة الرمادى انه بتاريخ 1987/7/8 قام المدعى عليه (المميز) بإجراء عملية جراحية له وذلك في مستشفى اليرموك التي يعمل بها وبعد فترة من إجراء العملية بدأ يعاني آلاماً شديدة جعلته طريح الفراش فترة طويلة ومن ثم قام بإجراء الفحوصات والكشف الإشعاعي مما اتضح أن الدكتور الذي أجرى العملية نتيجة إهماله وتقصيره وعدم شعوره بالمسؤولية وقد نسي أحد المقصات الجراحية داخل بطنه مما اضطره لإجراء عملية فتح البطن مجدداً واستخراج المقص بعد إزالة قسم كبير من أمعائه بسبب تلفها نتيجة وجود المقص داخل جوف البطن مما أضر به وأصابه بعاهة مستديمة لا يقوى بسببها على العيش بصورة طبيعية... أصدرت محكمة بداءة الرمادي بتاريخ 1990/7/28 وبعد 444/ب/1989 حكماً حضورياً قابلاً للتمييز يقضي بإلزام المدعى عليه بتأديته للمدعي مبلغاً قدره (1000.000) الف دينار.. والاحتفاظ للمدعي للمطالبة بالزيادة الواردة في تقرير الخبراء البالغة (4500.000) أربعة آلاف وخمسمائة دينار ..)) راجع تعليقاً على هذا الحدث مجلة الف باء، ع 981، س20، في 1987/7/15.

المبحث الثاني
طبيعة التزام الطبيب

تتحدد التزامات الطبيب أو الجراح وفقاً لما تقضي به قواعد المهنة وقوانينها، ما لم ينص العقد - إن وجد - بزيادة الالتزامات أو الحد منها، في الحدود التي يجوز فيها الاتفاق على ذلك.

وبشكل عام، إن قواعد المهنة وقوانينها، لا تضع على كاهل الطبيب أو الجراح التزاماً بشفاء المريض، ولا حتى ضمان عدم استفحال المرض أو الحد منه[1]. فهي تفرض عليه أن يبذل في علاج المرض قدراً معيناً من الجهد والعناية والمساعي المتفقة مع الضمير والأخلاق الحميدة، فمتى بذل الطبيب ذلك الجهد وتلك العناية وهذه المساعي، يعد أنه قد أوفى بالتزامه حتى ولو لم يشف المريض[2]. ذلك لأن العلم قد لا يدرك الآثار البعيدة والمستقبلية للعمل الطبي أو الجراحي.

ولبيان كل هذا بشكل واضح، وتمييز الالتزام عناية عن الالتزام بتحقيق غاية، نقسم هذا المبحث إلى فرعين، نعقد الأول لبحث الأصول أو المبدأ العام لطبيعة التزام الطبيب[3] ونفرد الثاني للاستثناءات التي ترد على هذا الأصل أو المبدأ العام.

الفرع الأول: الأصل أو المبدأ العام لطبيعة التزام الطبيب

استقر أمر المسؤولية الطبية بعد صدور حكم محكمة النقض الفرنسية الشهير في 20 مايس (مايو) عام 1936 - كما بيّنا سابقاً - على أنها مسؤولية عقدية[4] لارتباط الطبيب مع مريضه بعقد، مضمونه في أغلب الأحوال هو التزام ببذل عناية. بيد أن

(1) إذا كان الطب قد وضع لجلب مصالح الأمة والعافية ولدرء مفاسد المعاطب والأسقام، إلا أن الطبيب لا يلتزم بإبراء المريض وشفائه من هذا الأسقام وتلك المعاطب؛ يراجع: أبو محمد عز الدين ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ط1، ج1، المكتبة الحينية المصرية، القاهرة 1934، ص4.

(2) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، في الالتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، مصر الجديدة، ط5، 1988، ف 152 ص397.

(3) الأصل هو أن الطبيب لا يضمن لمريضه السلامة والشفاء بل يلتزم بأن يبذل له جهداً كاملاً وعناية كافية، وأن يصف له من وسائل العلاج ما يرجى به شفاؤه، لذلك فإن الطبيب أو الجراح لا يعتبر مخلاً بالتزاماته لمجرد فشل العلاج أو خيبة العملية الجراحية أو سوء حالة المريض، بل ينبغي إثبات تقصير الطبيب أو الجراح في عنايته، ولا يتأتى هذا إلا إذا وقع منه خطأ يترتب عليه نهوض مسؤوليته، يراجع: د. سليمان مرقس، الوافي، ج2، المرجع السابق، ص397 هامش رقم 628.

(4) تكون مسؤولية الطبيب ذات طابع تقصيري - في حدود معينة - سبق أن بيّناها.

النقاش لا زال، في حدود معينة، حول طبيعة التزام الطبيب من حيث كونه التزاماً ببذل عناية أم أنه التزام بتحقيق غاية[1].

وتعود هذه التفرقة إلى الفقيه الفرنسي ديموج[2]، فقد فرق هذا الفقيه بين الالتزامات حسب عنصر الاحتمال الكامن في تنفيذها، ففي بعض الالتزامات يتعين على المدين أن يضع الوسائل الضرورية كافة، ويبذل ما في وسعه من جهد لتحقيق النتيجة التي يهدف إليها الدائن، لأن التزامه، هو بذلك الجهد والمساعي والعناية الفائقة. فالطبيب أو الجراح ليس بإمكانه إرجاء النهاية المحتومة أو إعادة الحياة؛ وهناك نوع آخر من الالتزامات ينبغي على المدين أن يحقق الغاية المحددة التي يبتغي الدائن الوصول إليها، فالتزام المدين هنا هو التزام بتحقيق غاية محددة ومعينة لمصلحة الدائن، ويكون المدين مسؤولاً عن عدم تحقيق النتيجة التي هي هدف الدائن وغايته[3].

ويتمخض عن هذا التمييز بين نوعي الالتزام السابقين نتيجة مهمة تتعلق بتوزيع عبء الإثبات بين الطرفين المتعاقدين (الطبيب والمريض)، وعلى كاهل من يقع هذا العبء الكبير؟ هل نحمل هذا الحمل الكبير للمريض المضرور، وهو الطرف الضعيف؟ وكيف يتسنى أو يتأتى له ذلك، وسط هذا الخضم من التعقيدات والأدوات والآلات التي أنتجتها التكنولوجيا الحديثة؟ أم أنه يقع على عاتق الطبيب باعتباره الطرف القوي في هذا العقد؟ وعلى كل حال لن نجيب الآن عن هذا السؤال، وسوف نعود إليه عند دراستنا لإثبات الخطأ الطبي في الأبواب اللاحقة. ونعود إلى موضوع التمييز بين نوعي الالتزامين السابقين. فنقول أن القاعدة المستقرة لدى الفقهاء[4] هي أنه حيثما يكون الالتزام التزاماً بتحقيق غاية، فإن عبء الإثبات يقع على المدين وهو الطبيب المدعى عليه في إطار دراستنا هذه، ولا يجب على الدائن وهو المريض في هذا الفرض، فيما إذا لم تتحقق النتيجة التي يبتغيها، أن يقيم الدليل بأن المدعى عليه، الطبيب المدين، قد اقترف إهمالاً أو خطأ محدداً، بل يكفيه تخلف النتيجة التي يهدف الوصول إليها. إذ يفترض القانون لصدور خطأ من الطبيب، مجرد أن يثبت المريض أن الغاية المتوخاة أو المبتغاة من عقد العلاج الطبي، والتي التزم الطبيب بتحقيقها لم يتم إنجازها، وعدم تحقق الغاية المتوخاة يفترض أنها ترجع على فعل الطبيب المدين، فتنهض مسؤوليته من عدم التنفيذ، وفي هذه الحالة على الطبيب المدين، إذا أراد

---

(1) د. محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة، المرجع السابق، ص92 و ص 179 وما بعدهما.

(2) ديموج، مطول الالتزامات، ج5، ف1237، وج6، ف599، نقلاً عن د. محمد عادل عبدالرحمن، المرجع السابق، ص126؛ قارن د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، 46.

(3) د. محمد عادل عبدالرحمن، المرجع السابق، ص126 وما بعدها.

(4) أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، نظراته السابقة، ف13، ص8.

الإفلات من هذه المسؤولية، أن يثبت، عدم صحة هذا الافتراض القانوني البسيط، وذلك بأن يثبت أن عدم تحقق الغاية المطلوب إنجازها، إنما كان نتيجة سبب أجنبي، الذي لا دخل لإرادته في نشوئه، واستحال على الطبيب المدين تحقيق الغاية المطلوبة؛ والسبب الأجنبي هو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، أو فعل المريض الدائن نفسه أو فعل صادر من الغير، والذي فرض على الطبيب المدين استحالة تحقيق الغاية المتوخاة التي يهدف المريض الدائن الوصول إليها[1].

أما في الالتزام ببذل عناية أو الالتزام بوسيلة، فإن الطبيب المدين إذا قام بتنفيذ التزامه وبذل أقصى الجهود التي يبذلها الشخص الممتاز والذي يكون في منتهى الحرص والتبصر والدراية اليقظة، فإنه يكون قد قام بتنفيذ التزامه وبذل العناية المطلوبة، وعلى هذا الشكل لا تنعقد مسؤوليته حتى ولو أن العلاج أو أن العملية لم يكتب لهما النجاح، بل فشلا فشلاً ذريعاً، فإن ما قام نزاع بين الطبيب والمريض، حول اقتراف الطبيب لخطأ أو إهمال في بذل العناية المطلوبة، فإنه يقع على عاتق المريض الدائن، عبء إثبات، عدم قيام الطبيب المدين، ببذل الجهود، التي ينبغي عليه بذلها؛ أي أنه - أي المدين - لم يبذل العناية الواجب بذلها، أو أن يقيم الدليل على إهمال ورعونة الطبيب، والإهمال مسألة مادية يتعين على الدائن المريض إقامة الدليل على هذا الإهمال بطرق الإثبات كافة بما في ذلك القرائن التي توفر قدراً كافياً من الترجيح والاحتمال في ثبوت الخطأ من جانب الطبيب المدعى عليه[2]. ولا يمكن أن نضع على كاهل الطبيب إثبات أنه بذل العناية الواجب القيام بها، لأن التزامه نحو مريضه ليس التزاماً بتحقيق النتيجة التي توخاها المريض وهي شفاؤه مما به، بل يلتزم الطبيب، كما بيّنا، سابقاً ببذل قدر معين من العناية، وغير مسؤول بعد ذلك، عن شفاء المريض أو موته، لأن واجبه المفروض، هو اتباع الطرق العلمية والأصول الفنية التي تقررها مهنة الطب، وذلك أنه حيث يكون الالتزام، التزاماً بوسيلة، فإن المتعاقد الذي يريد إلقاء المسؤولية على المتعاقد الآخر المدعى عليه يقع عبء الإثبات، والقاعدة العامة في الإثبات أن المدعي مكلف بإثبات ما يدعيه[3].

أما إذا امتنع المدين الطبيب عن تنفيذ التزامه من أساسه، فلا يستطيع الإفلات من المسؤولية، عن عدم تنفيذ الالتزام المفروض على كاهله، إلا بإثبات السبب الأجنبي

(1) د. محمد عادل عبدالرحمن، المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص127.

(2) د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام والإثبات، مصر 1967، 29 و30؛ د. محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة، المرجع السابق، ص93.

(3) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف13، ص8.

وفي هذا الفرض ينقلب عبء الإثبات وينقل، من على عاتق الدائن المريض، إلى كاهل المدين الطبيب حتى وإن كان الالتزام المفروض على عاتقه التزاماً بوسيلة. وعلى هذا الشكل وفي نطاق تلك الأفكار استقرت مسؤولية الطبيب؛ فطبيعة الالتزام الطبي على الأغلب هي التزام بوسيلة وليست التزاماً بنتيجة[1]؛ ذلك أن التزام الطبيب في عقد العلاج الطبي محله بذل عناية على خلاف الأصل في الالتزامات التعاقدية[2]؛ ويحدد هذا القدر الواجب من العناية فيما يتعلق بالأطباء غير الاختصاصيين بمعيار الطبيب الوسط، إذا وجد في مثل هذه الظروف الظاهرة للطبيب المدعى عليه، فيقام في ذلك وزن للظروف التي دعي فيها الطبيب لتولي علاج المريض، كأن يكون ذلك في مستشفى مزود بأحدث الآلات والمخترعات ووسائل العلاج الطبية الأخرى، أو في جهة نائية منعزلة لا وجود فيها لشيء من هذه الآلات والمخترعات ووسائل العلاج المتطورة، أو تكون حالة المريض وصحته متدهورة في درجة من الخطورة تستلزم تدخلاً جراحياً له وبشكل سريع دون نقله إلى مستشفى أو عيادة[3].

ومن الظروف الظاهرة التي ينبغي أن يقام لها وزن في تحديد مدى التزامات الطبيب، ما عرف عنه من علم أو خبرة أو تخصص في نطاق معين من مجالات علم الطب، وهو ما يسمى بالمستوى المهني للطبيب[4]، ذلك أن المستوى المهني يكون معروفاً للناس وظاهراً لهم بحيث يوحي إليهم وبثقة مشروعة بأن الطبيب سيبذل جهوداً صادقة وقدراً كافياً من العناية يتفق ومستواه المهني، فتقاس واجبات الطبيب الناشئ بمسلك طبيب ناشئ مثله، وواجبات الطبيب غير الاختصاصي، بزميله غير الاختصاصي، وتحدد واجبات الطبيب الاختصاصي بسلوك نظيره الاختصاصي، والتزامات أستاذ الطب بسلوك أستاذ الطب من صنفه وهكذا[5].

وتحتم طبيعة مهنة وفن الطبيب ومهمته الخطيرة وطريقه الشائك الشاق، أن يحتفظ لنفسه بجزء كبير من الحرية في عمله[6]؛ حيث أن هذا العمل الطبي ذا الطريق

---

(1) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، المرجع السابق، ف152 ص398؛ د. وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص416؛ د. الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص224؛ عبدالسلام التونجي، مسؤولية الطبيب المدنية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص89.

(2) د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص117.

(3) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، المرجع السابق، ف152، ص398.

(4) د. وجيع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية؛ المرجع السابق، ص399.

(5) د. سليمان مرقس، الوافي، ج، المرجع السابق، ف152، ص399.

(6) يمكن القول في إطار الالتزام الطبي، وفي نطاق الإمكانيات العلمية الطبية، أن من الصعوبة بمكان، أن يعد الطبيب أو الجراح المريض في عقد العلاج الطبي، بتحقيق غاية أو نتيجة علاجية محددة بذاتها، فالطبيب لا يمكن أن يلزم نفسه، بأن يشفي المريض من الداء أو العلة التي يشكو منها، لأنه من الصعوبة عليه، إن لم يكن من المستحيل، أن يدرك الآثار البعيدة والمستقبلية للتدخل العلاجي أو الجراحي، ومن الصعوبة عليه أن يعرف أسرار الجسم

الوعر ينتظم جزءاً كبيراً من البحث العلمي، والتطبيق العملي، وممارسة التجربة العلاجية، وحرية الاختيار والمبادرة، وظروف الحادث وخواص المرض، لذلك فإن التزامه هو بذل العناية اليقظة والمتبصرة والمتوفقة مع معطيات العلوم الطبية وأصول الفن الطبي، أما نتيجة هذا الجهد المبذول الصادق النابع عن ضمير الطبيب وأخلاقه وقدرة فنه ومهارته وذكاءه، فعلمها عند الله سبحانه وتعالى.

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية التمييز بين الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية في حكمها الشهير الصادر عام 1936 الذي تبنت فيه بأن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية عقدية وليست تقصيرية، حيث قررت هذه المحكمة ((أن الطبيب غير ملزم بشفاء المريض، وكل ما عليه، أن يقدم العناية الواعية اليقظة المتفقة مع معطيات العلم الطبي)) وفي قرار آخر حديث، نسبياً، ذهبت هذه المحكمة إلى القول ((أن مسؤولية الطبيب لا تنهض إلا إذا ثبت أنه أخل بأحد التزاماته الفنية أو أنه اقترف خطأ يؤدي إلى قيام مسؤوليته))[1].

وقد قضت محكمة النقض المصرية بنفس المبدأ في حكمها الذي أقرت فيه المسؤولية المقدمة لالتزام الطبيب في 1969/6/3، أي بعد أن أقره القضاء الفرنسي بثلاث وثلاثين سنة، حيث قررت هذه المحكمة ((أن الطبيب لا يلتزم بموجب العقد الذي يبرم بينه وبين مريضه بشفاء المريض من الداء أو بنجاح العملية الجراحية التي يقوم بها، لأن الالتزام الطبي ليس التزاماً بتحقيق غاية بل هو التزام ببذل جهود صادقة ويقظة)).

وقضت محكمة النقض المصرية في حكم آخر بأن ((التزام الطبيب لا يمكن أن يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة، هي شفاء المريض، وإنما هو التزام ببذل عناية، ولكن على الطبيب لكي يقدم العناية المطلوبة، أن يبذل جهوداً صادقة يقظة في معالجة المريض، بما يتفق مع الأصول الطبية المستقرة ومن ثم يسأل الطبيب عن كل تقصير في

= البشري ذلك أن طبيعة التزام الطبيب تتأسس ويقتصر محلها على بذل العناية اليقظة والمساعي الفائقة، وكلاهما يبنيان على فكرة الاحتمال، التي تهيمن على مهمة ومهنة الطبيب، التي تدخل فيها عوامل عديدة لا تخضع لسيطرته، فالطبيب يعالج والله يشفي؛ ذلك أن أغلب الأعمال الطبية والتدخلات الجراحية تنطوي على الكثير من عناصر الاحتمالات، ناهيك عن أن طبيعة التزام الطبيب في أساسها وجوهرها لا تسمح من حيث المبدأ أن يكون التزامه التزاماً بتحقيق الغاية التي يهدف المريض الوصول إليها، ويعود السبب في ذلك إلى طبيعة العطاء الذي يبذله أو يقدمه الطبيب أو الجراح. يراجع: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف53، ص370؛ وقارن: د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص118.

(1) نقض فرنسي في 26 يناير 1970، دالوز عام 1970، ملخص 87؛ ويلاحظ: سافاتيه المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف323؛ بينو، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف28؛ شامارد، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص81.

مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني، إذا وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب القائم بالعلاج))[1].

ولنا الحق أن نتساءل عما إذا كان التزام الطبيب تجاه مريضه التزاماً بوسيلة، فمن أي نوع هذه العناية، وما هي هذه الوسيلة التي يلتزم بها الطبيب؟ والحق أن الإجابة عمّا سبق من تساؤل نجدها في حكم محكمة النقض الفرنسية الشهير، الصادر عام 1936، الذي حددت فيه مسؤولية الطبيب نحو مريضه، بأنها ذات طبيعة عقدية، وحددت فيه أيضاً محل التزام الطبيب، حيث تقول ((يقوم بين الطبيب والمريض عقد حقيقي يفرض على عاتق الطبيب التزاماً إن لم يكن بداهة، بشفاء المريض، فعلى الأقل، بإعطائه علاجاً أميناً، متفقاً مع الأصول العلمية، والإخلال - ولو بغير قصد بهذا الالتزام - جزاؤه مسؤولية عقدية هي الأخرى)).

إذن هذه هي خلاصة الالتزامات التي فرضها ويحددها عقد العلاج الطبي على عاتق الطبيب تجاه المريض، إذن هي مجرد التزامات عقدية بوسيلة، لا يضمن الطبيب بسببها الوصول إلى أية غاية أو نتيجة، وطبيعة هذه الالتزامات تنعكس على عبء الإثبات في مسؤولية الطبيب المدنية، فيكون الواجب على عاتق من يدعي، أن يقيم الدليل على أن الطبيب لم يبذل في معالجة مريضه تلك الجهود الصادقة اليقظة، المتفقة مع الأصول العلمية الثابتة[2].

الفرع الثاني: الاستثناءات التي ترد على الأصل أو المبدأ العام لطبيعة التزام الطبيب

تكلمنا في الفرع الأول عن طبيعة التزام الطبيب، وانتهينا إلى أن الأصل، هو أن الطبيب أو الجراح لا يلتزم تجاه المريض، إلا ببذل عناية طبيب أو جراح يقظ، من مستواه المهني، فالطبيب لا يقع على كاهله التزام بشفاء المريض، لأن الأصل في الشفاء، ليس بيد الطبيب، بل بيد الله أولاً وأخيراً؛ فضلاً عن أنه يتوقف على عوامل واعتبارات، تخرج عن إرادة الطبيب، ولا سيطرة له عليها، كمناعة جسم المريض واستعداده الجسدي (الاستعداد الذاتي) وقابليته البدنية ومدى تقبله للعلاج وحالات الوراثة، وفاعلية العلاج وتأثير البيئة والمناخ وقصور العلوم والفنون الطبية لأن هذه الفنون وتلك العلوم ناجمة عن عمل الإنسان، وفي الإنسان قصور عن الإحاطة بأسرار الجسم

(1) يلاحظ: نقض مصري في 1971/12/21، مجموعة أحكام النقض، السنة 22، ص1062.
(2) د. وديع فرج، المرجع السابق، ص418.

البشري الذي هو تكوين رباني. هذا هو الأصل، والمبدأ العام الذي استقر عليه الفقه والقضاء.

ولكن، رغم أن الأصل في طبيعة التزام الطبيب هو قصر هذا الالتزام على بذل العناية، نظراً لفكرة الاحتمال التي تسيطر على عمل وفن الطبيب، إلا أن الأمر لا يمنع من قيام التزامات محددة خارج نطاق عمله ومهمته - بمعناها الدقيق - لا يكون في تنفيذها مجال لفكرة الاحتمال التي تبرز قصر التزام الطبيب على مجرد العناية. إذن هناك استثناءات ترد على الأصل العام، وفي بعض الحالات، يكون فيها التزام الطبيب نحو مريضه التزاماً بنتيجة معينة، منها التزام الطبيب بضمان سلامة المريض، والتزامه بسلامة نقل الدم والتحاليل الطبية الأخرى، والتزامه بسلامة عمل التركيبات الصناعية ومسؤوليته عن الأدوات والأجهزة الطبية[1].

ومن أجل الإحاطة الكاملة بهذا الموضوع، نقسم هذا الفرع في ضوء ما تقدم إلى ثلاثة مطالب نعقد الأول لبحث التزام الطبيب بضمان سلامة المريض ونخصص الثاني لدراسة التزام الطبيب بنقل الدم السليم إلى المريض ونفرد الثالث للحديث عن التزام الطبيب بسلامة عمل التركيبات الصناعية.

المطلب الأول: التزام الطبيب بضمان سلامة المريض

بدأ هذا التطور للقضاء في فرنسا، بالقول، بأن هناك التزاماً يقع على كاهل الطبيب في بعض الحالات، هو التزام بضمان سلامة المريض.

وقد قرر القضاة الفرنسيون أن المريض تحيط به أثناء إجراء تدخل جراحي محدد ظروف وملابسات خاصة، محصلتها أنه في وقت التخدير، وداخل صالة العمليات يكون تحت سلطان وهيمنة الفريق الطبي، وبشكل عام، بعيداً عن ذويه ومرافقيه، وفي هذه الحالة يكون قريباً من المخاطر، بعيداً عن الأمان والسلامة، والمخاطر التي تحف به كثيرة ومتنوعة ومنها، مخاطر العمل الطبي، ومخاطر الأمراض، وهذه المخاطر يفترض أن يكون الطبيب على بصيرة وعلم بها، وقد أخطر المريض بمضارها السيئة وعواقبها الوخيمة، أما المخاطر التي لا يعلم بها المريض، ولم يكن قد أخطر بها، فهي مخاطر صالة العمليات. أما الأضرار والمخاطر التي تحدث أثناء إجراء التدخل الجراحي في صالة العمليات، والتي لا يعلم بها المريض، ولم يكن قد أخطر بها، فهذا النوع من الأضرار والمخاطر يخرج عن إطار المعيار العام، في إثبات الخطأ، حيث يتعين

(1) لن نبحث مسؤولية الطبيب عن الأدوات والأجهزة الطبية لأننا سوف نبحثها في الباب الثالث عند الكلام عن مسؤولية الطبيب عن الغير وعن الأشياء.

للتخلص من مسؤوليتها أن يقام الدليل على توافر السبب الأجنبي، لأن الطبيب في إطار هذا النوع من الأضرار والمخاطر يفرض على كاهله التزام بضمان سلامة مريضه، وعلى سبيل المثال أن يصاب هذا العليل أو ذلك السقيم بضرر تولد عن حريق شب بجواره أثناء القيام بالتدخل الجراحي[1].

وقد بذل رجال الفقه والقضاء الفرنسي الجهد في تحديد الخدمات التي لا علاقة لها بالفن الطبي، بالمعنى الضيق، ليخلقوا منها متسعاً للالتزام بضمان سلامة المرضى، بناءً على أن الأطباء، في مسؤوليتهم، ببذل العناية الواجبة، إنما تقتصر على الخدمات الطبية بالمعنى الدقيق.

أما الخدمات غير الطبية التي لا علاقة بها بالتدخل العلاجي أو الجراحي مثل خدمات التغذية أو إعطاء الأمصال، بواسطة مساعدي الأطباء، أو إعطاء المغذي في الأوردة أو غيرها من الخدمات الأخرى التي لا علاقة بها بالفن الطبي، والتي تؤدى في المستشفيات، ولا يستلزم عملها تخصصاً طبياً وكفاءة علمية كبيرة، فإن التزام الطبيب أو المستشفى عن هذه الخدمات هو التزام بضمان سلامة المرضى. وخلاصة القول أن كل ما يتعلق بالفن الطبي، هو محل الالتزام ببذل العناية الواجبة المطلوبة، لأن الطبيب شأنه شأن أي مهني آخر، يزاول فناً معيناً، ومن الصعوبة بمكان، أن يلتزم، من حيث المبدأ التزاماً بتحقيق غاية، وإنما يكون التزامه، ببذل عناية ممتازة ويقظة.

وبناءً على ما تقدم، فإن المريض عندما يتعاقد مع الطبيب أو المستشفى، فإنه يعهد بنفسه للطبيب أو المستشفى ويأمل أن الطبيب سوف يبذل العناية الواجبة. ولا يقبل المريض في الوقت ذاته، أن يخرج من عيادة الطبيب أو من المستشفى وهو محمل بإصابات وأمراض، لم يكن مصاباً بها قبل مجيئه إلى هذه العيادة أو تلك المستشفى، وأنه لم يأت إلى هذه العيادة أو ذلك المستشفى من أجل هذه الإصابات أو تلك الأمراض، بل جاء لمعالجة مرض محدد ومعين، ولكنه أصيب بداء آخر، وفي هذه الحالة فإن التزام الطبيب، التزام بضمان سلامة المريض، كما أنه ليس من المعقول والمقبول أن يصاب المريض بأضرار نتيجة لخلل في التنظيم الإداري، أو لعدم توافر مستلزمات السلامة العامة البعيدة عن متطلبات علاجه ودائه وسقمه[2].

---

(1) شامارد ومونزين، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص85.

(2) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف53 والأحكام القضائية الكثيرة التي أشار إليها: د. محمد عادل عبدالرحمن، المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص131.

وتأييداً لما تقدم صدر قرار للقضاء الفرنسي[1] في قضية تتلخص وقائعها في أن مريضاً أصيب بحروق نتيجة وضع إناء مملوء بماء يغلي قرب المريض لغرض تدفئته، وكانت والدة المريض هي التي قامت بوضع هذا الإناء، بجوار وليدها، ورغم ذلك، قررت المحكمة مسؤولية المستشفى عن الأضرار التي لحقت المريض، دون الطلب من المريض، بإقامة الدليل على ثبوت خطأ صدر من قِبَل العاملين التابعين لتلك المستشفى، وقد أسست هذه المحكمة حكمها على التمييز بين الخدمة الطبية المتعلقة بالفن والعلم الطبي، وبين الخدمات الأخرى التي لا علاقة لها بهذا الفن أو ذلك العلم، وبكلمات أخرى، ميزت المحكمة بين الخدمات الطبية التي تعاقد المريض من أجل تقديمها إليه لغرض علاجه، وبين الخدمات المتعلقة بالفن والعلم الطبي. فلا يلزم المستشفى بأي التزام مضمونه تحقيق غاية محددة ومعينة، بل ينحصر التزامه بتقديم الخدمة الطبية الحريصة اليقظة والواعية[2].

ولكن ما الأمر، إذا تضمن عقد العلاج الطبي، اتفاقاً، على زيادة التزامات الطبيب أو الجراح أو إنقاصها؛ هل إن هذا الاتفاق صحيح، وجائز، وواجب التطبيق أم لا؟ وبكلمات أخرى، هل يصح أن يتعهد الطبيب أو الجراح بأن يبذل قصارى جهده، ومن ذلك العناية الواجبة، طبقاً للمعيار المذكور أو أن لا يلتزم إلا ببعض هذه العناية، أم لا يصح ذلك؟

يقول الدكتور سليمان مرقس: ((لا شك عندنا في أنه يجوز أن يتعهد الطبيب، بأن يبذل قصارى جهده في علاج المريض، على أن لا ينزل في ذلك عن درجة العناية الواجبة، وفقاً لذلك المعيار، أو أن يتعهد بأن يبذل قصارى جهده، على أن لا يتجاوز في ذلك تلك الدرجة من العناية الواجبة قانوناً، أي أن يتفق الطرفان على أن يستبدلا بالمعيار الموضوعي لالتزامات الطبيب، معياراً شخصياً واقعياً))[3].

ولكن هل يجوز أن يتعهد الطبيب بشفاء المريض، وبمعنى آخر، هل يصح أن يتفق الطبيب والمريض على استبدال، الالتزام ببذل العناية، وجعله التزاماً بتحقيق غاية؟ ذهب البعض إلى بطلان هذا التعهد لاستحالة محله[4]. ولكن الرأي الراجح هو أنه

---

(1) حكم محكمة مرسيليا في 26 نوفمبر 1953، دالوز عام 1954، ص160، أشار إليه د. محمد عادل عبدالرحمن، المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص132.

(2) د. محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة، المرجع السابق، ص102 و103؛ قارن د. محمد عادل عبدالرحمن، المرجع السابق، ص131 ـ 133.

(3) يلاحظ: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، المرجع السابق، فـ152، ص401.

(4) يلاحظ: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، المرجع السابق، فـ152، ص401، بالإشارة إلى مازن Mazen، ص98 وروديه Rodet، ص195.

يجوز أن يتعهد الطبيب بشفاء المريض، وتحقيق الغاية له والهدف الذي يبتغي الوصول إليه، لأن الشفاء ليس بمستحيل، وغاية الأمر أنه ليس محقق الوقوع، فيكون تعهد الطبيب به، تعهداً بأمر احتمالي، بحيث إذا تحقق هذا الأمر برئت ذمته وإذا لم يتحقق، يكون ضامناً، ولا فرق بين هذا التعهد، وبين الاتفاق، الذي نصت عليه المادة 217 ف1 من القانون المدني المصري بأنه: ((يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة))، وهذه المادة تقابل المادة 259 ف1 من القانون المدني العراقي التي تنص على أن: ((يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة)).

المطلب الثاني: نقل الدم والتحاليل الطبية الأخرى

قد يحتاج المريض أو المصاب في بعض الظروف إلى نقل الدم إليه، فيلزم نقل الدم لشفاء هذا المصاب الذي فقد جزءاً من دمه، نتيجة إصابة بدنية أو نتيجة إجراء عملية جراحية، لتعويضه عما فقده. فيتعين أن يكون هذا الدم متفقاً في الفصيلة مع دمه، وإلا أصيب بأضرار قد تكون جسيمة، كما يتحتم أن يكون هذا الدم المنقول سليماً خالياً من المرض، وإلا انتقلت عدواه.

وينقل الدم إما مباشرة من المتبرع وإما من أحد المراكز المتخصصة بذلك وهي ما تسمى ((بنك الدم)) أو مصرف الدم، وفيها يخزن ويحفظ الدم بطريقة علمية خاصة تضمن سلامته من التعفن والتلف[1].

وكانت أول وأقدم مشكلة قانونية هي مسألة الاتفاقات على نقل الدم من شخص إلى شخص آخر. وقد اعترف الفقهاء منذ القدم بشرعية عمليات نقل الدم، وأن هذا الطبيب أو الجراح القائم بها لا يقترف خطأً عادياً أو فنياً لمجرد عملية النقل. غير أنه يسأل عن خطئه وإهماله ورعونته، في تنفيذ عملية نقل الدم، إذا أهمل في فحص الفصيلة أو أهمل أو قصر في التأكد من سلامة الدم المنقول من الأمراض أو الجراثيم

(1) لا يجري الطبيب المعالج تحليل دم المريض بنفسه، ليقف على فصيلته، بل يعهد بهذه المهمة إلى طبيب متخصص، أو مختبر للتحاليل، كما أن نقل الدم، مباشرة من أحد الأشخاص، إلى المريض، كما كانت الحال قديماً، قد أصبح الآن نادراً، حيث يلجأ الطبيب أو الجراح للحصول على الدم، إلى مركز متخصص يطلق عليه ((بنك الدم)) بمقتضى عقد مع ذلك المعمل أو المختبر، يتعهد فيه مالكه بتقديم نتيجة للتحليل صحيحة، وعقد مع هذا المركز يتعهد فيه مديره بتقديم دم سليم، ليكون التزام كليهما محله تحقيق نتيجة، لأن ما يقتضيه المريض من طبيبه ليس مجرد بذل جهده في سبيل تعيين فصيلة دمه، أو الحصول على دم سليم، بل أن يحدد له على وجه الدقة، فصيلته، أو يقدم إليه دماً خالياً من جراثيم المرض.

العالقة به، أو أنه أهمل في فحص الشخص المعطي للدم ومدى تحمل قابليته البدنية لأخذ الدم منه[1].

ويذهب الفقه والقضاء إلى أنه ينبغي أن لا يترتب على أخذ دم من شخص ونقله إلى شخص آخر أو لحفظه في مصارف الدم، الإضرار بالمتبرع أو المتلقي؛ وإلى أن الالتزام الملقى على عاتق المراكز المتخصصة في حفظ الدم ونقله، يكون في هذا الصدد التزام بتحقيق غاية لا ببذل عناية[2].

ولكن السؤال الذي يفرض نفسه هنا، على عاتق من تقع المسؤولية عن نقل الدم غير السليم؟ أعلى الطبيب أم على بنك أو مصرف الدم، أم عليهما معاً؟ وبعبارة أخرى كيف نحدد من ارتكب الخطأ؟

إن الصلة أو الرابطة المباشرة التي تشكل أول وجه للمسؤولية الطبية هي علاقة الطبيب بمريضه، وفيها يلتزم الطبيب أو الجراح بموجب نصوص عقد العلاج الطبي إن كان هناك عقد، بأن ينقل إلى مريضه دماً من نفس فصيلة هذا المريض أو ذلك المصاب، ويتعين أن يكون ذلك الدم الذي يتحتم نقله دماً نقياً وصحياً وسليماً من أمراض الدم كافة؛ ومما لا شك فيه أن الالتزام هنا هو التزام بنتيجة.

أما بشأن رابطة الطبيب بالمؤسسة الصحية المجهزة للدم أو مركز الدم فهي كذلك صلة تعاقدية مصدرها العقد الذي بمقتضاه يتم تجهيز كميات الدم المطلوبة، ومصرف الدم مسؤول تجاه الطبيب، بموجب الاتفاق المبرم بينهما، عن سلامة الدم وخلوه من الأمراض التي قد يمكن أن تعلق به.

أما بخصوص الصلة بين المؤسسة الصحية التي تقوم بتوريد الدم والمريض، فيمكن أن نلاحظ أن هذه الرابطة، هي علاقة بعيدة، وغير مباشرة، ولكن من الصعوبة بمكان التصور في الحالات كافة أن صلة مصرف الدم بالمريض هي رابطة عقدية غير مباشرة بينهما، لأن الطبيب أو الجراح القائم بعملية نقل الدم، قد لا يطلب الدم في كل حالة على حدة، وقد لا يطلبه لحالة محددة ومعينة بذاتها عندما يتعاقد مع مصرف الدم.

---

(1) ديكوك Decocq، النظرية العامة للحقوق على الشخص، المرجع السابق، ص65 و66؛ وقارن: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف53، ص377؛ د. محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة، المرجع السابق، ص103؛ د. حمدي عبدالرحمن، معصومية الجسد، المرجع السابق، ص57 ـ 59؛ د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص75 و76؛ د. محمد عادل عبدالرحمن، المرجع السابق، ص110 ـ 13؛ وقارن نقض فرنسي، في 14 كانون ثاني (يناير) 1974، دالوز 1974، مختصر، ص79.

(2) د. محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة، المرجع السابق، ص103؛ د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف53، ص377 و378.

بيد أن القضاء الفرنسي ذهب أول الأمر إلى القول إن: ((الالتزام الذي يفرض على الطبيب، في عمليات نقل الدم، التزام ببذل عناية، وليس التزاماً بتحقيق غاية، بمعنى أن الطبيب يقع على عاتقه التزام باختيار الدم المناسب والمطلوب إعطاؤه للمريض دون أن يلتزم بضمان سلامته))[1]. ثم قضى بعد ذلك بأن المريض إذا ما لحقه ضرر ما من جراء ما نقل إليه من دم، يفترض معه خطأ الطبيب، غير أن الالتزام الذي يقع على عاتقه في هذا المجال لا يزال التزاماً ببذل عناية مع قلب عبء الإثبات، وبعبارة أخرى يستطيع الطبيب الإفلات من المسؤولية إذا أقام الدليل بأنه لم يقترف خطأ، وأنه قد بذل كل العناية الواجبة والمطلوبة والمساعي الصادقة لتفادي حدوث الضرر؛ ولكن رغم ذلك باءت جهوده بالفشل والخذلان، ولما عرض الأمر بعد ذلك على محكمة النقض الفرنسية، قضت: بأن العقد المبرم بين إحدى المستشفيات (المشترط) ومركز توزيع الدم (المتعهد) يتضمن في ثناياه اشتراطاً ضمنياً لمصلحة المريض (المستفيد)، وينشأ هنا للغير المستفيد (المريض) إعمالاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير، حق مباشر من عقد لم يكن طرفاً فيه، وبمعنى آخر، إن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت رابطة الطبيب بمصرف الدم اشتراطاً لمصلحة الغير (المريض)، وأنه من الجائز للمريض أو المصاب المتلقي للدم، أن يقيم دعوى المسؤولية على مصرف الدم، إذا ما أصيب بضرر سببه نقل دم غير نظيف إليه، وله الحق في مطالبة المتعهد (مركز توزيع الدم) بالتعويض، وتنهض هذه المسؤولية دون حاجة إلى إقامة الدليل على خطأ أو إهمال من قبل المؤسسة الصحية المجهزة للدم، على أساس أن مصرف الدم يلتزم في شأن عملية نقل الدم بتحقيق نتيجة محددة هي سلامة الدم صحياً من الميكروبات وأمراض الدم الأخرى، وبالتالي سلامة المريض[2]؛ إذ أنه لم ينفذ التزاماته المتولدة عن العقد على نحو صحيح، وليس للمتعهد (مركز توزيع الدم) أن يدفع دعوى مطالبته بالتعويض بمقولة أن هذا المرض كان كامناً في الفترة التي تم فيها نقل الدم وأن الفحص الإكلينيكي لم يكن ليؤدي قطعاً ـ وفقاً لمعرفته لمجريات الأمور العادية ولما جرت به العادة ـ إلى اكتشاف هذا المرض؛ ناهيك عن أن المتبرعين بالدم والبائعين له يخضعون لفحوصات

---

(1) لي تورنو، المرجع السابق، ف1165.

(2) نقض فرنسي، في 17 كانون أول (ديسمبر) 1954، جالوز 1954، قضاء، ص269؛ قارن عكس هذا، د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، حيث يقول في هذا الصدد: ((.. يرجع المريض على طبيبه، لأنه تعهد، بمقتضى العقد معه، بتقديم الدم السليم الذي يتفق، في الفصيلة، مع دمه، فيستعير التزامه، في علاقته بمريضه، طبيعة التزام مركز نقل الدم، أو معمل التحليل، ليكون مثله التزاماً بتحقيق نتيجة. إنما لا يستطيع، لانتفاء العلاقة العقدية، أن يرجع مباشرة على مدير ذلك المركز، أو صاحب هذا المعمل، إلا طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية، التي توجب عليه إقامة الدليل على خطئه)).

دورية، فمركز توزيع الدم إذا أراد الإفلات من المسؤولية عليه أن يقيم الدليل على وجود السبب الأجنبي الذي أدى إلى لحوق الضرر بالمريض، فإذا فشل تحققت مسؤوليته[1].

ولكن على الرغم من اتفاق الفقه والقضاء على أن التزام الطبيب بنقل الدم هو التزام بتحقيق غاية، إلا أنه هناك بعض الاستثناءات ترد على ذلك، ومن هذه الاستثناءات التحاليل المركبة والمعقدة الحديثة التي تختلف فيها الآراء العلمية والطبية، حيث يستلزم ـ عند القيام بها ـ تعمقاً واهتماماً علمياً وعملياً، ففي مثل هذه الحالة سنكون غير منصفين للأطباء المحللين؛ إذا ما ألقينا عليهم التزاماً بتحقيق نتيجة، كما هو الحال بالنسبة لنقل الدم الحامل لفيروس عدم المناعة المكتسبة (الإيدز)[2].

أما فيما يتعلق بالتحاليل الطبية الأخرى: فيلتزم الطبيب (المحلل) لجميع أنواع التحاليل التزاماً محله تحقيق نتيجة، ويقع الإخلال به بمجرد ثبوت غلطه فيه، فتنهض مسؤوليته، إلا إذا أثبت أن إخلاله بالتزامه يعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه. وسبب اعتبار التزام الطبيب المحلل التزاماً بتحقيق غاية هو أن منطقة نشاط هذا الطبيب المحلل تنحصر في أعمال مختبرية (معملية)، لا تتضمن، بحسب الأصول العلمية المسلم بها، أي احتمال، لأن هذه التحاليل لا تعتبر عملاً طبياً بالمعنى الدقيق، إذا تنحصر مهمة القائم بها في مزج محاليل كيميائية بطريقة ثابتة، وينبغي أن تثور مسؤوليته بمجرد عدم تحقيق النتيجة المبتغاة من تحليله[3]. أما التحاليل الدقيقة، التي تخرج عن نطاق النشاط الذي تقوم به المختبرات يومياً، ويصعب فيها الكشف عن الحقيقة، بالطرق العلمية القائمة، ويختلف فيها التفسير، فيقتصر محل الطبيب (المحلل أو الخبير) على بذل العناية اليقظة والواجبة، وعلى هذا الأساس قضي بعدم مسؤولية الطبيب الذي انتهى في تحليله ـ على خلاف الحقيقة ـ إلى سرطانية الورم، وأدت غلطته إلى علاج

---

(1) د. محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة، المرجع السابق، ص105 ـ 107؛ ويتعهد الطبيب المعالج بالتزام محدد، محله تقديم دم مناسب. فيكون مخلاً بالتزامه إذا كان الدم، الذي نقله إليه، غير مناسب له، أو ملوثاً بجرثومة، وتقوم مسؤوليته العقدية على الضرر الذي يلحقه، أو المرض الذي يصيبه، إلا إذا أقام الدليل على أن عدم تنفيذه لالتزامه يرجع إلى سبب أجنبي غير منسوب إليه، ولا تعارض بين الالتزام المحدد بالسلامة من عيوب الدم الذي ينقل إلى المريض، والالتزام العام باليقظة والانتباه الذي لا يرتب العقد الطبي سواه في علاجه، لأن المريض لا يطالب الطبيب بشفائه نتيجة لنقل الدم، ولكنه يطلب منه، فقط، ألا يحدث نقله إصابة جديدة تضاف إلى المرض الذي يعالجه. فالذي يريده المريض ليس الشفاء نتيجة نقل الدم إليه. ولكن السلامة في عملية النقل ذاته. يراجع د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص377 و378.

(2) استئناف فرساي، في 30 آذار (مارس) 1989، تعليق المحامي Dorsner Annick ـ Dolivet مجلة الأسبوع القانوني، س64، ع21، في 23 (مايو) 1990، ف21505.

(3) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف53، ص381؛ وقارن د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص76 و77.

((بالكوبالت)) لم تكن له ضرورة[1]. وقضى كذلك بعدم مسؤولية الطبيب (الخبير) الذي انتدبه قاضي التحقيق لتحليل أشلاء جثة وانتهى - على خلاف الحقيقة - إلى وجود مواد سامة بها[2].

المطلب الثالث : التزام الطبيب بسلامة عمل التركيبات الصناعية

قد يتعاقد الطبيب أحياناً، على تركيبات صناعية يعملها للمريض، وفي هذا النطاق أيضاً تثور مشكلة تحديد طبيعة التزام الطبيب.

لقد أدى التقدم العلمي إلى إمكان الاستعاضة عما يفقده الإنسان من أعضائه الطبيعية، بأعضاء صناعية لتزيل عيب الشكل الذي يسفر عنه نقص، وتؤدي له على قدر الإمكان بعض وظائف الأعضاء الطبيعية ــ وإن لم تكن بنفس حيويتها ــ كالأسنان والأطراف الصناعية.

ولم يثر أمام القضاء ــ حسب المعلومات المتوافرة ــ من مشكلات بالنسبة للتركيبات الصناعية، سوى المتعلق منها بالأسنان الصناعية؛ وقد ذهب القضاء في البداية إلى اعتبار طبيب الأسنان في هذا الميدان في حكم البائع للأسنان الصناعية؛ وبالتالي يلتزم بضمان العيوب الخفية، فالمريض لا يلتزم بإقامة الدليل على خطئه، لأننا

---

(1) نقض فرنسي، في 4 كانون ثاني (يناير) 1974، دالوز 1974، مختصر، ص79.

(2) استئناف نيم Nimes، في 18 شباط (فبراير) 1959 مجلة الأسبوع القانوني، 1959، ع2، ف11374، مشار إليه في مؤلف د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص382 هامش رقم 38.

وقد طبقت محكمة النقض الفرنسية فكرة الالتزام بتحقيق نتيجة بالنسبة لتقديم الأمصال أخذاً في الاعتبار الثقة التي يوليها المريض لمن يقدم إليه المصل، بحيث يكون مطابقاً بطبيعته وصفاته للهدف المطلوب. نقض فرنسي، في 4 شباط (فبراير) 1959، دالوز 1959، ص153.

وما ينطبق على الأمصال، ينطبق بداهة، على جميع الأدوية الأخرى؛ إذ يتعهد الطبيب بالتزام محدد بالسلامة يتعلق بالأدوية التي يقدمها إلى مريضه. فإذا كان الطبيب يكتفي في العادة، بتعيين الدواء، في تذكرة، للمريض فإنه يقدمه إليه، أحياناً، في عيادته، وأحياناً في مستشفاه الخاصة فيكون محل التزامه به تحقيق نتيجة: تقديم أدوية غير ضارة، وتتوافر فيها الصفات المطلوبة، وإلا كان مخلاً بالتزامه وقامت مسؤوليته، ما لم يقم الدليل على أن إخلاله به يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه. فإذا أحدثت الحقنة التي أعطيت للمريض، مرضاً جلدياً به، تخلفت عنه، بعد علاجه، آثار أدت إلى صعوبة في حركة عضلاته، نهضت مسؤولية الطبيب، سواء أرجعت الحادثة إلى خلط بين الحقن اقترفته الممرضة، أم إلى غلطة من صانع الحقنة، أم إلى فساد المصل نتيجة عدم كفاية التعقيم، أم دخول الهواء العفن من شرخ في الأنبوبة التي تحتويه، لأن محل التزامه، نظراً للثقة التي يوليها له مريضه، ((أن يقدم سائلاً يحقق، بطبيعته وبخواصه، الغاية المقصودة منه))، ويعتبر إخلالاً منه، بالتزامه هذا، ((حقن المريض بسائل ضار)) وإذا كان المسؤول في خصوص الدعوى، مستشفى خاصة، بأن أعطت الحقنة ممرضة في هذه المستشفى، بناءً على تعليمات الطبيب الجراح، فإن الوضع لا يتغير إذا كان الذي أعطى الحقنة طبيب أو جراح في عيادته.

ويتعهد الصيدلي، كذلك بالتزام محدد بتقديم أدوية صالحة بطبيعتها، وبخواصها، المطلوبة، سواء أقام بتحضيرها بنفسه، أم تسلمها من مورد له، ولا يستطيع أن يطرح هذه المسؤولية، على هذا الأخير، بدلاً منه، لأنه قادر علمياً على التحقق من المواد التي يستعملها، أو يتسلمها، ليبيعها إلى عملائه؛ على أن صانع الأدوية، أو بالأحرى بائعها، لا يضمن فاعليتها في العلاج، ما دامت مطابقة للأصول العلمية الحاضرة (استئناف بواتييه Poitiers، في 4 كانون أول (ديسمبر)، (1957) جازيت دي باليه، 1958، 1 ـ 76).

هنا لسنا بصدد التزام طبي بوسيلة، بل بصدد بيع بشرط التجربة، معلق على شرط واقف، هو قبول الأسنان بعد تجربتها بأن تكون مناسبة وملائمة لفم المريض، ويؤدي تخلف هذا الشرط إلى اعتبار العقد كأن لم يكن(1).

انتقد الفقه ـ بحق ـ هذا القضاء، لخطئه في تكييف العقد ومجافاته لوقائع العمل الطبي الذي يقوم به طبيب الأسنان، فالعبرة في تكييف العقد بالغرض الاقتصادي الذي يستهدف منه وفقاً للالتزامات التي رتبها في ذمة طرفيه، ولا يجوز تجزئة العقد، والاعتماد في تكييفه على بعض عناصره(2).

ولذلك اتجه القضاء إلى أن تقديم الطبيب للأسنان الصناعية لا ينفي عن هذا الاتفاق وصف العقد، الذي ينشئ على كاهله التزامين، الأول التزام بتركيب الأسنان الصناعية بعد تهيئة الفم لها ومحله بذل عناية؛ والثاني التزام بتقديم هذه الأسنان ومحله تحقيق غاية، وهي وضع أسنان ملائمة للمريض ولا تحدث ضرراً، فإذا لم تكن الأسنان ملائمة للمريض أو أحدثت ضرراً به، كان طبيب الأسنان مخلاً بالتزامه ونهضت مسؤوليته، إلا إذا أثبت أن إخلاله يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه(3).

وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن العقد الذي يربط طبيب الأسنان بمريضه لا ينشئ سوى التزام ببذل عناية أي أن يقدم لعميله الرعاية والعناية الطبية التي تقرها أصول ممارسة مهنة طب الأسنان والمتفقة مع معطيات العلم، وأن الطبيب يسأل عن الأضرار التي تلحق بمريضه إذا ثبت إهماله ورعونته وعدم تبصره وجهله بواجباته(4).

ويستند هذا الاتجاه إلى أن وصف العلاج وتركيب الأسنان هي من الأعمال الطبية الفنية المرتبطة بمهنة الطبيب ومهارته ويبقى فيها التزامه التزاماً ببذل عناية وخاضعاً لعنصر الاحتمال الكامن في طبيعة العمل الطبي(5).

ولكن على العكس مما سبق تكون المسؤولية عن عيوب الجزء الصناعي ذاته والذي يتم تركيبه للمريض، حيث لا يتعلق الأمر هنا بالأعمال الطبية الفنية في ذاتها، بل يرتبط بأمر آخر ملحق بالعمل الطبي الفني ومستقل عنه؛ ويبدو أن اتجاه القضاء في هذا المقام يفرض على عاتق طبيب الأسنان التزاماً بتحقيق نتيجة.

---

(1) محكمة متز Metz في 13 كانون أول (ديسمبر) 1951، مجلة الأسبوع القانوني 1952، ع2 ـ ف6909، مشار إليه في مؤلف د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ص394.

(2) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف53، ص394؛ قارن د. وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص84.

(3) استئناف ديجون Dijon في 24 كانون ثاني (يناير) 1952، دالوز 1952، قضاء، ص171.

(4) نقض، في 18 كانون أول (ديسمبر) 1956، دالوز 1957، ص231؛ ونقض في 14 آذار (مارس) 1967، جازيت دي باليه، 1967، 2 ـ 107.

(5) د. محمد عادل عبدالرحمن، المرجع السابق، ص140، وقد أشار إلى عدة قرارات قضائية في هذا الشأن.

وتطبيقاً لما تقدم قضت محكمة النقض الفرنسية: بمسؤولية طبيب الأسنان لأنه لم يحترم التزامه بأن يسلم سناً صناعية مرضية لعميله، ذلك أن تطور عمليات صناعة الأسنان جعل من تقديم هذه الخدمة أمراً يجب ألا يتضمن أي احتمال فيما يتعلق بسلامة السن صناعياً وخلوها من العيوب، بحيث يجب أن يؤدي الغرض المستهدف منه[1].

وقضت هذه المحكمة بأنه: نظراً للالتزام القائم على كاهل الطبيب بأن يركب لمريضه الأسنان الصناعية المناسبة له، فإنه لا يمكن توجيه اللوم إلى القاضي الموضوع لحكمه بفسخ العقد بسبب خطأ الطبيب الذي لم يف بالتزامه بتحقيق الغاية التي كان يرجوها المريض، حتى ولو كان المريض قد رفض العودة إليه لإجراء محاولة رابعة، ورفض كذلك قبول تحمل الطقم لمدة كافية حتى يتعود عليه[2].

(1) نقض فرنسي، في 15 تشرين ثاني (نوفمبر) 1972، دالوز 1973، مختصر، ص243.
(2) نقض، في 3 نيسان (إبريل) 199، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1980، ص122.

الباب الثالث

صور الخطأ الطبي وإثباته

((ليتق الله تعالى المتطبب، ولا يخاطر فليس عن الأنفس عوض، وكما يحب أن يقال أنه كان سبب عافية المريض وبرئه، وكذلك أن يحذر أن يقال أنه كان سبب تلفه وموته))

يعقوب ابن إسحاق الكندي

((إذا كان الطبيب عالماً والمريض مطيعاً فما أقل لبث العلة))

الرازي

((إن العقاقير تبدو لا قيمة لها إذا أسيء استعمالها ولكنها تصير كأيدي الآلهة إذا ما استعملت بحكمة وتعقل))

هيروفليطس

الباب الثالث
صور الخطأ الطبي وإثباته

يستلزم التحليل المنطقي لأية فكرة قانونية استظهار معناها وحقيقتها من خلال الميدان العملي، لأنها تبقى فكرة مجردة جوفاء لا معنى لها، من دون تطبيق حقيقي لها في الحياة العملية، وهذا ما جرى عليه في الدراسة العلمية السليمة، وبما أن فكرة الخطأ الطبي لها ميدانها الواسع في القضاء، لذا رأينا أن نخصص الفصل الأول من هذا الباب لصور الخطأ الطبي في ظل تطبيقاتها القضائية.

وعلى الرغم من أن فكرة تفويت فرصة شفاء المريض أو بقائه على قيد الحياة تعتبر خطأ شخصياً تدخل ضمن نطاق صور الخطأ الطبي، إلا إننا ارتأينا أن نبحثها في فصل ثانٍ مستقل لما لها من ارتباط بعلاقة السببية أولاً، ولأهميتها العلمية والعملية الواسعة في دائرة المسؤولية الطبية ثانياً.

ولأجل استكمال متطلبات البحث، فضلنا تناول إثبات الخطأ الطبي، في نهاية هذا الباب، لنكون قد أحطنا بالموضوع بصورة شاملة ومنهجية منتظمة.

الفصل الأول
صور الخطأ الطبي

﴿وَمَآ أُوتِيتُم مِّنَ ٱلۡعِلۡمِ إِلَّا قَلِيلٗا﴾[1]

يبدو أن صور الخطأ الطبي كثيرة جداً وتزداد هذه الصور وتتعدد باضطراد وتعدد العلاقات بين الأطباء والمرضى، ولذلك فإن صور الخطأ الطبي لا تقع تحت حصر، ولعل الطريقة العملية في محاولة استقصاء تطبيقات الخطأ الطبي تبدو من خلال تتبع العلاقة بين الطبيب والمريض منذ البداية؛ ويمكن القول أنه عندما نطرق باب الخطأ الطبي، نكون أمام بحر متلاطم من الأخطاء غير القابلة للحصر، وصور الخطأ الطبي المتعارف عليها أو التي يتطرق إليها الشراح في بحوثهم ومؤلفاتهم والتي تمارس في التطبيق العملي هي: وجوب أخذ رضى المريض، وفحص المريض وتشخيص المرض، ووصف العلاج ومباشرته وأخطاء المعالجة أو نقص العناية، والخطأ أو التقصير في الإرشادات الطبية وطريقة العلاج، وقد يرتكب طبيب التخدير خطأ ما في العمليات الجراحية التي تستدعي تخدير المريض، وقد يستدعي الأمر في نطاق العمل الجراحي عملية تجميل، وقد يرتكب جراح التجميل خطأ ما، وسوف يكون لجراحة التجميل بعد خاص عند بحثها، ومن صور الخطأ الطبي أيضاً الامتناع عن تقديم العناية الطبية، والخطأ الذي يرتكبه الطبيب العقلي أو النفسي، وعمليات النقل والزرع، مثل نقل الدم ونقل وزرع الأعضاء البشرية والتجارب الطبية[2].

ولن أبحث في المباحث اللاحقة جميع صور الخطأ الطبي، والسبب في ذلك، هو أنه سبق بحثها في الباب الأول من هذه الرسالة، فقد تكلمت عن وجوب أخذ رضى

---

(1) سورة الإسراء، آية (85).

(2) نستبعد بحث نقل وزرع الأعضاء البشرية والتجارب الطبية من صور الخطأ الطبي لأنه لم نجد فيها من جديد أولاً، ولكونها درست من قِبَل الباحثين بما فيه الكفاية ثانياً، ويراجع منهم د. منذر الفضل، التجارب الطبية على الجسم البشري، مجلة العلوم القانونية، المجلد الثامن، العدد الأول والثاني، بغداد 1989، ص74 وما بعدها؛ وراجع مؤلفه التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، ط1، بغداد 1990؛ د. حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس 1975؛ د. أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، ط1، القاهرة 1986؛ د. أحمد شرف الدين، زرع الأعضاء والقانون، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، س1، ع2، حزيران (يونيو) 1977، ص170 وما بعدها؛ د. وجيه خاطر، نقل وزرع أعضاء الجسم البشري، المجلة العربية للفقه والقضاء، ع7، المملكة المغربية، نيسان 1988، ص55 وما بعدها؛ جابر مهنا شبل، مدى مشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 1991.

المريض بمناسبة الكلام عن التراضي في عقد العلاج الطبي، وبحثت نقل الدم بمناسبة الكلام عن طبيعة التزام الطبيب، ومنعاً للتكرار لن أبحثها هنا.

وسنواجه مسؤولية الأطباء أو الجراحين هنا في صورتين، الصورة الأولى، سنعالجها في أبسط صورها، وهي المسؤولية عن خطأ الطبيب الشخصي، وسنواجه هذه المسؤولية في صورة أخرى، أكثر صعوبة وتعقيداً من الصورة الأولى، حيث سنعالج مسؤولية الأطباء أو الجراحين عن الغير وعن الأشياء. ولذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص الأول لبحث صور الخطأ الطبي عندما يقترف الطبيب خطأ شخصياً، ونعقد الثاني لدراسة مسؤولية الأطباء عن فعل الغير وعن الأشياء.

المبحث الأول
صور الخطأ الطبي عندما يقترف الطبيب خطأً شخصياً

خطأ الطبيب في تشخيص المرض وتخدير المريض والعلاج والجراحة العلاجية والتجميلية:

يسأل الطبيب أو الجراح وطبيب التخدير والجراح التجميلي عن فعله أو خطئه الشخصي عندما يقترف خطأً أو إهمالاً أثناء ممارسته لعمله أو لفنه الطبي، سواء أكان هذا الفن أو ذلك العمل في مرحلة تشخيص العلة أو الداء الذي ابتلى به المريض، أم أثناء تخدير المريض، أم في مرحلة العلاج أو الجراحة العلاجية أم في أثناء الجراحة (التقويمية) أي التجميلية؛ ويجب، لكي تثور مسؤولية الطبيب أو الجراح، أن ينطوي خطؤه على جهل فاضح ومخالفة للمعطيات الطبية الحديثة التي يتعين على كل طبيب استيعابها والإلمام بها، ويشترط أن يبذل الطبيب أو الجراح الذي يقوم بإجراء التشخيص أو العلاج أو الجراحة بنوعيها العلاجية والتجميلية جهوداً علمية حثيثة ومساعي صادقة يقظة كالتي يبذلها طبيب بمستواه، في الظروف الخارجية المماثلة.

وسوف نقسم هذا المبحث إلى أربعة فروع، نخصص الفرع الأول منها لبحث خطأ الطبيب في تشخيص المرض، ونعقد الفرع الثاني للكلام عن خطأ الطبيب في تخدير المريض، ونفرد الفرع الثالث لدراسة خطأ الطبيب في العمل العلاجي والجراحي، ولأهمية الجراحة التجميلية في الميدان العملي، سوف نخصص لها الفرع الرابع من هذا المبحث.

الفرع الأول: الخطأ في تشخيص المرض

استقر الفقه والقضاء على أن مجرد الخطأ في فحص المريض وتشخيص العلة أو المرض لا يثير مسؤولية الطبيب، إلا إذا انطوى خطأ الطبيب في التشخيص على جهل في الأصول العلمية والفنية الطبية الثابتة والمستقرة، فالإخفاق أو الفشل في تشخيص علة المرض أو سقمه، تشخيصاً صحيحاً ليس بحد ذاته دليلاً على الإهمال، فلكي يكون الطبيب مسؤولاً، على المريض المدعي أن يثبت أن التشخيص غير الدقيق والخاطئ لعلته أو دائه، كان بسبب الفشل أو الإخفاق بممارسة مهارة وعناية غير مقبولة[1].

(1) Leahy Taylor, The Doctor and the law, second edition, London, MB.BS DMJ, MRCGP, sevretary, the medical protection society limited, London, p. 118.

وفي بحثنا لخطأ الطبيب في تشخيص المرض، نمر بمرحلتين، الأولى، هي مرحلة الفحص الطبي الأولي أو التمهيدي، والثانية هي مرحلة التشخيص الدقيق، ولذلك سنقسم هذا الفرع إلى مطلبين اثنين، نتكلم في المطلب الأول عن الفحص الطبي الأولي أو الفحص التقديري (السريري)، وندرس في المطلب الثاني التشخيص الدقيق لعلة المريض أو سقمه.

المطلب الأول: الفحص الطبي التقديري (السريري)

نبحث في هذا المطلب ماهية هذا الفحص التقديري ومراحله، ولذلك سنوزع الكلام على مقصدين، نتكلم في المقصد الأول عن ماهية الفحص الأولي أو التمهيدي وندرس في المقصد الثاني مراحل هذا الفحص التقديري.

المقصد الأول: ماهية الفحص الطبي

الفحص الطبي هو بداية الجهد والعمل الطبيين اللذين يقوم بهما الطبيب، ويتجسد الفحص الطبي، في فحص الحالة الصحية للمريض، وذلك بفحصه فحصاً ظاهرياً تقديرياً (الحكم السريري)، وذلك بملاحظة العلامات والظواهر أو (الدلائل الإكلينيكية)، كمظهر المريض وجسمه، وقد يستعين الطبيب في الفحص ببعض الآلات والأجهزة والمعدات الطبية البسيطة، ومن هذه الأجهزة الطبية البسيطة، السماعة الطبية، وجهاز قياس الضغط، أو خافض اللسان، أو جهاز تخطيط القلب، أو غيرها من الأجهزة والمعدات الطبية البسيطة التي تستعمل في إكمال عملية الفحص الطبي التمهيدي، وقد يلجأ أحياناً إلى استخدام يده، أو أذنه، أو عينيه في إجراء عملية الفحص، وهدف الطبيب من هذا الفحص الأولي أو التقديري الظاهري، هو التحقق من وجود علامات أو ظواهر أو دلالات معينة تسعفه في وضع التشخيص للداء أو العلة التي يشكو منه المريض[1]. وفي مسائل الفحص الطبي الأولي تكثر الأخطاء الطبية، وتتضاعف الآلام؛ ومن الفحص التقديري مثلاً عدم قدرة الطبيب على تشخيص حالة ولادة امرأة لم تكمل شهور حملها ظناً منه بأن آلام الظهر التي تشكو منها المريضة آلام روماتزمية عارضة فينصح المريضة بالانتظار بعض الوقت لأن أوان الولادة لم يحن بعد، في حين أن الآلام التي تشكو منها المريضة هي علامات المخاض، ثم ما تلبث أن تتعرض لحالة ولادة صعبة في منزلها، أو في مكان بعيد عن المستشفى. ومن أخطاء

---

(1) د. أسامة عبدالله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، المرجع السابق، ف55، ص61؛ قارن محمد محرم، الخطأ الطبي في مراحله المختلفة، مجموعة بحوث قانونية، من أعمال مؤتمر المسؤولية في المستشفيات، الإسكندرية، حزيران (يونيو)، 1987، للجمعية المصرية للطب والقانون، ص41 وما بعدها.

الفحص أو التشخيص الأولي كذلك عدم قدرة الطبيب على معرفة أن المرض الذي يشكو منه المريض هو التهاب الزائدة الدودية (المصران الأعور) مما يقتضي السرعة في استئصالها، فيعتقد الطبيب أن الألم الذي يقاسي منه المريض، ألم عارض، كأن يكون مغصاً كلوياً في أسفل البطن أو ألماً ناجماً عن تناول المريض طعاماً أو شراباً ثقيلاً، فيصف له الطبيب علاجاً مسكناً، ثم ما يلبث أن يتطور المرض، ويتعرض المريض لخطر تفجر الزائدة الدودية، وتعفن بعض أجزاء جسمه الباطنية[1].

المقصد الثاني: مراحل الفحص الطبي

ينقسم الفحص الطبي إلى مرحلتين، يطلق على المرحلة الأولى مصطلح ((مرحلة الفحص التمهيدي))، وهي المرحلة التي يقوم فيها الطبيب بإجراء الفحص مستخدماً يده أو أذنه أو عينه، أو بعض المعدات كمقياس الحرارة أو الشوكة الرنانة، أو العدسات المبكرة أو خافض اللسان، كما سلف القول، ويطلق على المرحلة الثانية تعبير ((مرحلة الفحص التكميلي)) وهي المرحلة التي يقوم فيها الطبيب بإجراء فحوص دقيقة وعميقة تستخدم فيها أجهزة حديثة ومتطورة لبيان حالة المريض وتحديد علته أو دائه، ومن أمثلة هذه الفحوصات، التحاليل الطبية، والتصوير الشعاعي، تخطيط الدماغ، جهاز فحص التنفس، وتخطيط الدماغ، جهاز فحص التنفس، وتخطيط القلب، والعمليات الاستكشافية، أو استخدام المناظير الطبية، أو الموجات فوق الصوتية وما شاكل هذه الأجهزة الحديثة التي تساعد الطبيب في وضع التشخيص الصحيح الدقيق[2]. مرحلة الفحص التكميلي هي المرحلة التالية مباشرة لمرحلة لفحص التمهيدي، وفي هذه المرحلة يقوم الطبيب بترجمة الدلائل والظواهر المتمخضة عن الفحص التمهيدي، لكي يستقي منها النتائج المنطقية والسائغة وفقاً للعمليات العلمية لوضع التشخيص وتحديد نوعه ومركزه بين أنواع الأمراض المتنوعة والمختلفة، ومن هنا يتبين لنا أن الفحص التمهيدي يختلف عن التشخيص، فالفحص التمهيدي قد لا يؤدي إلى نتيجة معينة، فهو عبارة عن التثبت أو التحقق من وجود دلائل وظواهر معينة. أما التشخيص فيؤدي إلى التحقق من وجود مرض معين، وقد يلجأ الطبيب من أجل أن يكون التشخيص تشخيصاً دقيقاً وصائباً إلى الاستعانة بأطباء الأشعة أو التحاليل الطبية، لأن ذلك يساعده على استكشاف حقيقة المرض، ودقة تشخيصه، في سبيل دقة وصف العلاج المناسب[3].

---

(1) د. عبدالرحمن بن حسن النفسية، مسؤولية الأطباء، المرجع السابق، ص180.

(2) محمد محرم، المرجع السابق، ص41.

(3) د. أسامة عبدالله قايد، المرجع السابق، ف57، ص62.

والقاعدة العامة والمستقرة أن عدم قيام الطبيب بإجراء الفحوص الطبية التمهيدية أو التكميلية يشكل إهمالاً وبالتالي يقترف خطأ ويؤاخذ إذا نجم عن هذا الإهمال إصابة المريض أو موته[1].

المطلب الثاني: الخطأ الطبي في تشخيص المرض

يعرف التشخيص بأنه عبارة عن تحديد طبيعة المرض وصفاته وأسبابه[2]، وبكلمات أخرى هو ذلك الجزء من الفن الطبي الذي يهدف إلى تحديد طبيعة المرض ووضعه في الإطار المحدد له، فالتشخيص ما هو إلا عملية فكرية تقوم على تحديد الأعراض وترتيبها ومقارنتها بغيرها من الأعراض من أجل استنتاج نوع الداء الذي يشكو منه المريض[3]. ويمكن القول أن التشخيص ما هو إلا تفسير العلامات والمظاهر الواضحة والخفية للمريض بقصد تمييز حالته المرضية والتعرف على كنه المرض حتى يمكن إعطاء العلاج المناسب أو إجراء العملية الملائمة. فالتشخيص بحث وتحقق من نوع المرض الذي يقاسي منه المريض والتعرف على أسبابه.

وهو الخطوة الأولى في الفن الطبي والجراحي ومن أولى المراحل في العلاقة بين الطبيب والمريض، ومن صميم تنفيذ عقد العلاج الطبي، حيث يبدأ الطبيب فنه (العلاج أو العمل الجراحي) بتشخيص نوع العلة التي يعاني منها المريض، إذ لا بد للطبيب أو الجراح قبل أن يباشر علاج المريض أو إجراء تدخل جراحي له، أن يشخص الداء أو العلة التي يشكو منهما المريض، ذلك أن للتشخيص أثراً بالغاً ومهماً في نتائج العلاج أو العمل الجراحي، فهذه المرحلة (أي التشخيص) على جانب كبير من الدقة والأهمية في العلاقة بين الطبيب والمريض، والسبب في هذه الأهمية وتلك الدقة هو أن أي خطأ فيه لا بد وأن ينعكس على هذا العمل الجراحي وذلك العلاج، حيث يترتب عليه حكم الطبيب في المراحل التي تليه، كتقرير نوع المرض واختيار العلاج[4]؛ فقد يؤدي الخطأ في التشخيص إلى الخطأ في العلاج أو القيام بإجراء العملية الجراحية، وبالتالي إلى إزهاق روح المريض، أو إصابته بعلة أو عاهة معينة يطول أمدها أو يقصر، والطبيب مسؤول عن هذا الخطأ جزائياً ومدنياً حسب الحالات[5].

---

(1) محمد محرم، المرجع السابق، ص41.

(2) استاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف60، ص38.

(3) د. عبدالرشيد مامون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ف152، ص202 ـ 203.

(4) كومرنبرويست، عقد العلاج الطبي،المرجع السابق، ف195.

(5) نزار عرابي، مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص، المرجع السابق، ص123؛ محمد محرم، الخطأ الطبي في مراحله المختلفة، المرجع السابق، ص42.

وقد يخطئ الطبيب وقد يصيب، شأنه شأن غيره من البشر، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن المظاهر قد تكون خادعة، فضلاً عن أن بعض الأمراض قد يختلط بالبعض الآخر، ولا بد للتمييز من صبر ووقت وملاحظة مستمرة، والسبب في ذلك أن فن التشخيص فن تخميني يعتمد في ذاته على المقدرة الطبيعية للطبيب وقوته الخاصة في الملاحظة والاستنتاج التي تتفاوت من طبيب إلى آخر[1].

بيد أنه يتعين على الطبيب أن يتولى تشخيص المرض بدقة ومهارة وذلك بأن يبذل العناية الواجبة محاولاً معرفة طبيعة المرض ودرجة خطورته وتطوره وجميع ما يحيط به من ظروف المريض من حيث حاله الصحية وسوابقه المرضية والتأثيرات الوراثية وما هي درجة مقاومة المريض له[2]. وينبغي على الطبيب في نطاق التشخيص أن يستمع إلى شكوى المريض ويحصل منه أو من أهله على المعلومات كافة التي يحتاج إليها في عملية التشخيص، وأن يقوم بفحص المريض فحصاً دقيقاً متلمساً مواضع الألم، متحسساً مواطن الداء، مستعملاً جميع الوسائل الفنية التي يضعها العلم الطبي تحت تصرفه ومنها التصوير بالأشعة والفحوص والتحاليل، واستشارة ذوي الاختصاص وذلك ليتجنب مواطن الزلل والتسرع في تكوين رأيه بفحص سطحي، لكي يكون رأيه قريباً من الصواب، بعيداً عن الغلط والشطط بقدر الإمكان[3]، فإذا ما راعى الطبيب أصول فنه وعمله وبذل العناية الواجبة في تشخيص المرض فلا مسؤولية عليه، لأن التزامه في هذا الإطار ليس التزاماً بتحقيق غاية وإنما هو التزام ببذل عناية، فالطبيب ملزم بأن يبذل العناية المطلوبة والمتفقة مع الأصول العلمية والطبية. ويتعرض الطبيب وهو يمارس عملية تشخيص المرض إلى نوعين من الزلل، غلط علمي وإهمال في التشخيص[4]. ولذلك سنوزع البحث على مقصدين، نخصص الأول لدراسة الغلط العلمي في تشخيص المرض ونعقد الثاني للكلام عن الخطأ أو الإهمال في التشخيص.

المقصد الأول: الغلط العلمي في تشخيص المرض

القاعدة العامة أنه لا يعتبر خطأ مجرد الغلط في التشخيص، فقد يحتاط الطبيب بكل أنواع الحيطة والحذر، وقد يستعمل جميع الوسائل الفنية والعلمية التي يضعها

---

(1) د. محمد فائق الجوهري، المرجع السابق، ص398؛ د. محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص435.

(2) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف60، ص38؛ د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف152، ص203؛ خليل جريج، الخطأ المهني في نطاق العمل الطبي، المرجع السابق، ص18؛ د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص127.

(3) د. حسن زكي الأبراشي، المرجع السابق، ص257؛ د. وديع فرج، المرجع السابق، ص425؛ د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص50.

(4) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف60، ص38؛ د. وديع فرج، المرجع السابق، ص423.

العلم الطبي تحت تصرفه، في فحص المريض، ولكن قد لا يحالفه الحظ، ولا تمنعه هذه الوسائل وتلك الحيطة والحذر من الوقوع في الغلط، فهل يكون مسؤولاً في جميع الحالات؟ وإذ كان الجواب عن هذا بالإيجاب، فما مدى هذه المسؤولية؟

إن الوصول إلى السبب الحقيقي للمرض ومعرفة طبيعته ودرجة خطورته وتطوره ليس من السهولة بمكان، فتشخيص المرض وتحديد نوعه وصفاته وأسبابه مهمة شائكة ومعقدة، إذ إن الأعراض الخاصة للمرض وشكوى المرض قد تخدع الطبيب أحياناً وتجعله في حيرة من أمره في أحيان أخرى، وفي هذه الحالة لا يكون الطبيب بعيداً عن الغلط بل يكون قريبه من الغلط قاب قوسين أو أدنى، فقد يضطر الطبيب إلى تغيير العلاج على ضوء التطورات التي تحدث في حالة المرض أو على ضوء التطور الذي حدث بعد إجراء العلاج في التشخيص الأول، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن استحالة التشخيص قبل التدخل العلاجي أو الجراحي أمر غير مستعبد، فقد يضطر الطبيب أولاً لإجراء التدخل الجراحي لمعرفة نوع وسبب المرض الذي يشكو منه المريض[1].

فالغلط العلمي في التشخيص ناجم عن الشك المحيط ببعض الوقائع الطبية، وقد يكون ناتجاً عن النقص في مجال العلوم الطبية، وقد يتمخض الغلط في التشخيص عن نقص في الوسائل العلمية ذات التأثير الفعال والتي من شأنها أن تفضي إلى نتائج حتمية ومؤكدة، وقد يتعلق الأمر بوسيلة طبية لا زالت محل خلاف بين أساطين الفن الطبي، ولا يمكن تلافي الأغلاط العلمية في مهنة يكثر فيها الاختلاف في وجهات النظر كالمهنة الطبية[2]. فالعلوم الطبية لم تبلغ الكمال، كما هو الحال في العلوم الرياضية، والنظريات الطبية لم تزل مثاراً للخلاف بين العلماء والأطباء، ولذلك يختلف الأطباء في التقدير وفي الحكم، وأساس ذلك هو أن العلوم الطبية تكتنفها المسائل التي تثير الجدل والخلاف بين العلماء من ذوي المهن الطبية، ناهيك عن أن الأعراض المرضية تتشابه فيما بينها أحياناً وتختلط ببعضها أحياناً أخرى، ونتيجة لهذا الاختلاط وذلك التشابه فهي قد تحجب الحقيقة عن أكثر الأطباء خبرة وأوسعهم دراية وأعظمهم تدقيقاً وعناية وتجعله أقرب ما يكون إلى الغلط وأبعد ما يكون إلى الصواب، وفي مثل هذه الظروف لا تثريب على الطبيب إذا لم يحالفه الحظ ولم يصادفه التوفيق بشرط أن يكون قد تحرى أصول فنه وراعى الضمير والشرف في تشخيصه للمرض ولم يخل

(1) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف157، ص213.
(2) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص257، هامش رقم 2.

بالأصول العلمية الثابتة المعترف بها من الجميع[1]. فعملية التشخيص عملية تنطوي على الصعوبة والتعقيد ومرد هذا التعقيد وتلك الصعوبة هو أنه لا توجد ظاهرة مرضية يمكن عن طريقها وحدها أن يستنتج الطبيب كنه المرض وحقيقته وسببه، بل يتوقف الأمر على مجموعة من العوامل، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، إن الأعراض المرضية لا تظهر في الواقع كتعبير حرفي لما يتحدث عنه علم الطب في الكتاب والمراجع العلمية الطبية[2].

كما أن الأعراض المرضية لا تظهر بدرجة واحدة، فهناك أعراض أساسية وأخرى ثانوية، وكل من هذه الأعراض لا تكون دائماً أعراضاً محددة ومعينة، بل يمكن أن تظهر أي من هذه الأعراض في أمراض متنوعة ومختلفة، والطبيب مجبر بأن يبدأ اختياره، ويحدد طبيعة المرض الذي يعاني منه المريض، فهو لا يستطيع في أغلب الأحيان أن يؤجل عملية التشخيص، بل عليه أن يحدد نوع المرض وسببه، وفي هذه الحالة يكون قريباً إلى الغلط في التشخيص بعيداً عن التشخيص الصحيح. فالقانون لا يفرض على الطبيب العصمة، بل يلزمه بأن يبذل جهوداً صادقة يقظة في سلوكه نحو المريض، ولا يسمح له بتشخيص المرض برعونة وطيش، دون أن يحيط نفسه بالمعلومات الضرورية التي تمكنه من القيام بعملية تشخيص صائبة، فإذا لم يستعمل الطبيب الوسائل العلمية، ويتبع القواعد التي يفرضها العقل والحكمة، فإنه يكون قد أخطأ في التشخيص وبالتالي تنهض مسؤوليته. أما إذا قام الطبيب بإجراء الفحص بدقة وحرص وعناية مع مراعاة الظروف التي تتم من خلالها عملية التشخيص، من حيث إمكانية الاستعانة بالخبراء، أو بالأجهزة الفنية والعلمية الحديثة المناسبة للحالة المرضية المعروضة، فإن الخطأ في التشخيص يكون مغتفراً[3].

ولكن ليس معنى هذا أن كل غلط في التشخيص، بالغاً ما بلغ، يغتفر للطبيب أو الجراح، فمثل هذا القول يتعارض مع معيار الخطأ الطبي، فالطبيب يسأل عن كل غلط يقع فيه، لا يقترفه طبيب حريص يقظ متبصر من نفس مستواه واختصاصه العلمي وضع في نفس ظروفه الخارجية، فاختصاصي الأشعة الذي لا يكتشف كسراً في رأس عظم الفخذ الذي أخذ له صورة مع ما أثبته الخبراء من وضوح أثر الكسر في تلك الصورة يدل ذلك على جهل تام لا يغتفر من طبيب مختص بالتصوير الشعاعي[4].

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص263؛ د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص41.
(2) د. عبدالرشيد مأمون، المصدر السابق، ف155، ص204.
(3) د. وديع فرج، المرجع السابق، ص425.
(4) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف61، ص38.

وبهذا الخصوص يقول أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون ((وإذا كان القضاء الفرنسي قد جرى على أن الأصل في الغلط في التشخيص أنه لا يكفي بحد ذاته في مسائلة الطبيب ما دام التزام الطبيب في هذا المجال التزاماً بوسيلة، فإنه يقضي من ناحية أخرى بأن هذا الغلط وحده يكفي لمساءلة الطبيب أو الجراح إذا ثبت أنه كان من الممكن تفاديه من الناحية العلمية لو أن هذا الطبيب أو الجراح كان قد بذل قدراً أكبر من الاحتياط والدقة والانتباه)) [1].

ويمكن القول أنه إذا كان الغلط في التشخيص الذي وقع فيه الطبيب مما يحتمل أن يقع فيه الطبيب اليقظ المتبصر، إذا أحيط بنفس الظروف الخارجية، التي أحاطت بالطبيب القائم بعملية التشخيص، وأمام نفس الحالة المرضية التي عرضت عليه، فهذا الغلط، يكون من العلم، وليس من الطبيب لأنه يرجع إلى النقص في العلوم والوسائل الطبية المتاحة، وما وصلت إليه الأصول العلمية في الفن الطبي والجراحي، فمثل هذا الغلط يتعرض له كل طبيب أثناء مزاولته لمهنته، فهو أمر مألوف يقع فيه كثير من الأطباء حتى ولو كانوا من الخبراء والمتخصصين الذين مارسوا الفن الطبي سنوات طويلة[2].

وقد كان الأستاذ الدكتور بروارديل يقول لتلاميذه في دروس الطب العدلي: كثيراً ما وقعت في غلط، ولكن ليس لأحد أن يوجه إلينا أي لوم ما دمنا قد توخينا الدقة في كشفنا وفحصنا الأعراض والسوابق قبل إجراء التشخيص، فإذا ظهر فساد تشخيصنا مع ما اتخذناه من الاحتياط لعدم الوقوع في الغلط، فليس لأحد أن يحاسبنا، ويجب ألا ننسى أن أكبر العلماء لم يسلموا من الغلط[3]. وقد ذكر الأستاذ بروارديل في هذا الصدد أن الأستاذ لوجيه أستاذ أمراض النساء في جامعة باريس خلط بين حالة حمل وكيس في المبيض، فعالج الحالة على أنها ورم، وبعد بضع أيام حضر الأستاذ لوجيه إلى المستشفى وهو يتوقع نجاح علاجه، فدهش إذ وجد بجانب مريضته، ما ظنه مرضاً، يصيح ويتحرك، وقد عرضت مثل هذه الأغلاط على المحاكم الفرنسية مراراً فلم تعتبرها أساساً لمسؤولية الطبيب[4].

(1) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف62، ص38؛ وديع فرج، المرجع السابق، ص424؛ د. الأبراشي، المرجع السابق، ص265.

(2) د. وديع فرج، المرجع السابق، ص424؛ د. الأبراشي، المرجع السابق، ص265، بالإشارة إلى بروارديل، المسؤولية الطبية، ص85؛ أستاذنا د. حسن علي الذنون، مذكرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف62، ص39.

(3) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف156، ص209.

(4) د. وديع فرج، المرجع السابق، ص424؛ وقارن: أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، نظراته السابقة، ف62، ص39.

فالغلط في التشخيص لا يعد خطأً يوجب بذاته مسؤولية الطبيب وبشكل خاص في الحالات التي تتشابه فيها الأعراض، وتختلط أو تتعدد؛ وفي ذلك جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية: ((إن الغلط في التشخيص لا يعتبر بحد ذاته خطأ يلقي بالمسؤولية على عاتق الطبيب))[1]. ولكنه يعد خطأ، تنهض معه مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، وجهلاً مطبقاً، في الحالات التي تدل فيها الوقائع على أن التشخيص الذي قام به الطبيب كان فحصاً سطحياً عابراً ومستعجلاً غير كامل، لم يرجع فيه الطبيب إلى المراجع الميسرة لديه، والتي لو كان قد رجع إليها لاستدل على حقيقة المرض وأسبابه[2].

ولذلك فإن الطبيب لا يكون مندهشاً عندما يجد غلطاً في التشخيص الذي قام به زميل له، ولذلك نرى الخبراء من الأطباء يحاولون عند تقديم تقاريرهم دفع المسؤولية عن زملائهم الأطباء الذين وقعوا في غلط في تشخيص مرض المريض، ويحاولون تلمس المبررات وخلق الحجج والأعذار لهم فيما وقعوا فيه من غلط.

فالغلط في التشخيص أمر طبيعي في عالم الطب، وأن الطبيب مهما كانت قدرته وخبرته ومكانته العلمية والفنية، من الممكن أن يخطئ، وهذه الأمور لا تغيب عن ذهن المشتغلين في المجالين الطبي والقضائي. فالقاضي لا يطلب من المريض أو من ذويه في حالة وفاته إثبات غلط الطبيب في التشخيص لكي تنهض مسؤوليته، فما دام الطبيب قد بذل العناية الواجبة واليقظة والحرص والجهود الضميرية الصادقة من أجل الوصول إلى حقيقة المرض وتحديد طبيعته وأسبابه واتبع الأصول العلمية الثابتة المعترف بها من الجميع، وأن الغلط الذي وقع فيه، عند تشخيصه لعلة المريض، مما يحتمل أن يقع فيه الطبيب اليقظ، إذا كان في نفس الظروف الخارجية، وأمام نفس الحالة المرضية، فإن ذلك الغلط لا يفضي إلى ترتيب مسؤولية الطبيب. وأما إذا كان الخطأ في التشخيص قد تمخض عن رعونة وإهمال وقعتا من الطبيب، فإن الأمر في هذه الحالة يعتبر خطأً في التشخيص وليس غلطاً فيه، وهذا الغلط لا يثير مسؤولية الطبيب، أما الخطأ في التشخيص فإنه يفضي إلى نهوض هذه المسؤولية[3].

وصفوة القول أن الطبيب يسأل إذا أخطأ في تشخيص المرض خطأ يدل على جهل فاضح بالفن الطبي، ويتعين على القاضي أن يضع حداً فاصلاً بين الرأي العلمي والجهل

---

(1) نقض مدني فرنسي، في 4 كانون ثاني (يناير) 1974، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1974، ص822، أشار إليه أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، نظراته السابقة، ف67، ص41.

(2) أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون، نظراته السابقة، ف67، ص41.

(3) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف157، ص214.

الفاضح بالفن الطبي، وأن الغلط العلمي يتمخض عن الشك المحيط ببعض الوقائع الطبية، أما الخطأ في التشخيص أو الإهمال فيه فإنه ينجم عن السلوك السيئ الذي اتخذه الطبيب.

المقصد الثاني: الإهمال في التشخيص

يلزم الطبيب بأن يبذل في عنايته وسلوكه نحو المريض جهوداً صادقة يقظة. والخطأ في التشخيص أو الإهمال فيه ينجم عن السلوك السيئ الذي اتخذه الطبيب نحو مريضه، فهذا السلوك السيئ هو الذي يرتب مسؤوليته. فإذا أخطأ الطبيب في تشخيص المرض، وكان هذا الخطأ راجعاً إلى إهماله وعدم احتياطه ونشأ عن هذا الخطأ إصابة المريض بعاهة، أو عجز دائم أو مؤقت، أو وفاة هذا المريض قامت مسؤولية الطبيب، ويعد الطبيب مخطئاً إذا أهمل في الرجوع إلى كل الوسائل الخاصة التي تقضي بها الأصول العلمية للطب، أو الحصول على المعلومات الضرورية كافة عن حالة المريض والتي تساعده في وضع التشخيص[1].

والخطأ الطبي في التشخيص كأي خطأ طبي آخر محكوم بالقواعد الأساسية لمهنة الطب والتي سبق ذكرها. فعلى الطبيب أن يطبق، أثناء إجراء عملية التشخيص، قدر المستطاع جميع الإجراءات الملقاة على كاهله، طبقاً للقواعد العلمية السائدة. ويعتبر الطبيب مخطئاً إذا هو لجأ في عملية التشخيص إلى طريقة قديمة ومهجورة تخلى عنها الأطباء، فهو في هذه الحالة لم ينفذ التزامه على الوجه الصحيح، ولا يعد مخطئاً إذا كانت الطريقة القديمة التي لجأ إليها في عملية التشخيص ما زالت صالحة حسب تقارير الخبراء من الأطباء. ولكن الأمر يختلف إذا ثبت أن الطبيب يجهل بعض المعطيات العلمية أو لا يعلم شيئاً عن مبادئ تخصصه، حيث يكون الخطأ في التشخيص مفضياً إلى مساءلته[2].

ويبحث القضاء بادئ ذي بدء، ما إذا كان الطبيب مصيباً أم مخطئاً في تشخيصه، لأن إثبات أن الطبيب أخطأ في عملية التشخيص، يغني عن البحث عن خطئه في العلاج، إلا إذا كان العلاج هو الوحيد في الحالتين، حالة التشخيص الخاطئة وحالة الداء الفعلي الذي يعانيه المريض. فلو بتر طبيب يد مريض على أساس أن حالته الصحية قد استوجبت هذا البتر، ثم تبين بعد تأكيد الخبراء من الأطباء أن عملية التشخيص خاطئة، وأن حالة المريض الصحية لا تستوجب إجراء عملية بتريده، ففي

(1) محمد محرم، الخطأ الطبي في مراحله المختلفة، المرجع السابق، ص44.
(2) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف156، ص210.

هذه الحالة يكون الطبيب مسؤولاً عن عملية بتر اليد هذه دون الخوض فيما إذا كانت عملية البتر صحيحة أم لا.

لذا ينبغي على الطبيب أن يعتني بعملية التشخيص، بغية الوصول إلى التشخيص السليم الأقرب إلى الحقيقة والصواب الأبعد عن الخطأ والإهمال، فعلى الطبيب أن يستعين بالوسائل العلمية التي تيسر للأطباء مهمتهم وتضمن إلى حد ما صحة ما يصدرونه من آراء، وأهمها الأشعة المختلفة والتحليلات المختبرية، والمناظير التي تكشف عن طبيعة الداء وموضعه، فإذا قصر الطبيب في الاستعانة بهذه الأجهزة والوسائل، يعد مهملاً، وتنهض مسؤوليته، إذا كان التشخيص الذي وصل إليه بعيداً أو مخالفاً لواقع الأمر[1].

ولكن الأمر يختلف تماماً إذا كان هناك قصور في الإمكانيات المتاحة للطبيب، مثل عدم وجود مختبرات مستعدة للقيام بالتحاليل المختبرية المطلوبة والصور الشعاعية اللازمة، أو أن إمكانيات التصوير الشعاعي محدودة وقاصرة عن إعطاء المطلوب مثل تصوير الأوعية الدموية بالصبغة وغير ذلك من الإمكانيات الأخرى المعروفة لعالم الطب والأطباء؛ فالخطأ في التشخيص قد يكون أمراً طبيعياً أحياناً يقع فيه الطبيب مهما كانت قدرته وخبرته ومكانته العلمية والفنية، وهذه الأمور لا تغيب عن ذهن المشتغلين في المجالين الطبي والقضائي، وينبغي على القاضي أن يكون ابن بيئته ومحيطه في تقدير المسؤولية الطبية، وأن يأخذ بنظر الاعتبار التطورات الطبية والعلمية فيما يصدره من أحكام، وأن يلاحظ الشوط البعيد الذي قطعه علم الطب والتقدم الهائل الذي حققه وما وضعه تحت تصرف الأطباء من وسائل وأجهزة[2]؛ فعلى القاضي حين تقرير المسؤولية في مثل هذه الحالات أن يقرر أهمية أو عدم جدوى مثل هذه التحاليل الطبية أو التصوير بالأشعة بأجهزة معينة بغية التوصل إلى التشخيص الحقيقي للمرض، كما أن من الأهمية بمكان البحث فيما إذا كان الطبيب قد طلب الاستعانة بهذه الوسائل ولم تسعفه الإمكانيات المتاحة، وهل كان في مقدوره التوصل إلى تشخيص سليم دون اللجوء إليها وما هو جدوى تلك الفحوص[3].

ولم يشترط القضاء في ترتيب مسؤولية الطبيب أي قدر من الجسامة في الخطأ الذي ارتكبه الطبيب في عملية التشخيص، فكل خطأ في التشخيص لا يقترفه طبيب

(1) نزار عرابي، مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص، المرجع السابق، 123.

(2) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف63، ص39؛ د. وديع فرج، المرجع السابق، ص426.

(3) نزار عرابي، المرجع السابق، ص123.

مماثل أحاطت به نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المدعى عليه وعرضت عليه نفس الحالة المرضية، يكفي لإلقاء المسؤولية على كاهل هذا الطبيب. وينبغي على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار تخصص الطبيب حين تقرير المسؤولية وأن يفرق في هذا الإطار بين ما إذا كان الطيب المدعى عليه طبيباً اختصاصياً أو طبيباً ممارساً عادياً غير مختص بمرض أو أمراض معينة، ذلك أن الطبيب الممارس العادي لا يكون مسؤولاً عن الخطأ في التشخيص الذي لا يتمكن من كشفه وتحديد طبيعة المرض وتحديد نوعه ومعرفة أسبابه وحقيقته غير الطبيب المختص في هذا المرض، وهذا يعني أن الطبيب الممارس العادي يستطيع الخلاص من المسؤولية بمجرد الادعاء بأنه طبيب غير اختصاصي، بل يتعين عليه إذا أراد أن ينفض المسؤولية عن كاهله أن يثبت أنه استخدم كل الوسائل والأجهزة والآلات والمعدات الطبية المتاحة التي وضعها العلم تحت تصرفه وجميع ما يجب عليه معرفته من علم الطب وأسسه وقواعده للتأكد من سلامة التشخيص وأنه لم يخل بالأصول العلمية الثابتة والمستقرة المعترف بها من الجميع، ولكن لم يحالفه الحظ ولم يصادفه التوفيق، فإن هو قصر في ذلك كان مخطئاً وحقت عليه المسؤولية[1].

وعلى هذا الأساس قضت المحاكم الفرنسية بمسؤولية الطبيب العادي غير المختص الذي وقع في خطأ أثناء عملية تشخيص مرض مريضه، عندما تبين لهذه المحاكم أن السبب الذي أوقع الطبيب في هذا الخطأ هو عدم اللجوء إلى التصوير الشعاعي وخاصة في حالة الكسر والخلع والتواء المفصل[2].

ولكن إذا كانت الأشعة من الوسائل التي يضعها العلم بين يدي الأطباء والجراحين، إلا أنها من الناحية الفنية قد تنطوي على بعض المخاطر، وينبغي أن يقيم القضاء وزناً للمخاطر التي تنجم عن الأشعة؛ فإذا ثبت أن اللجوء إليها يفضي إلى حدوث أخطار، فلا تثريب على الطبيب إذا هو لم يلجأ إلى هذه الوسيلة، بل يؤاخذ الطبيب في حالة لجوئه إليها رغم مخاطرها، والطبيب ملزم بأن يأخذ موافقة المريض أو أهله قبل اللجوء إلى وسائل التشخيص، إذا كانت هذه الوسائل المستعملة في التشخيص تشكل خطراً على حياة المريض، أما إذا كانت الوسائل لا تمثل خطراً على حياته ولا تفضي إلى حدوث أية أضرار، فلا يلزم الطبيب بأخذ رضى المريض قبل استعماله هذه الوسائل. وقد تشتبه على الطبيب أعراض المرض ولا تسعفه الوسائل الموضوعة تحت تصرفه في

(1) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف64، ص40.

(2) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف64، ص40 وقد أشار إلى عدة أحكام للمحاكم الفرنسية.

تشخيص الحالة فيضطر إلى اللجوء إلى إجراء عملية استكشافية كشق بطن المريض أو شق الرأس أو محاولة الوصول إلى سحايا المخ لإزالة الشك باليقين في تشخيص الحالات المستعصية وليرى موطن الداء من جسمه ويكشف حقيقة المرض وسببه ويتمكن من إنقاذ حياته، ولا يعتبر الطبيب مخطئاً في هذه الحالة، بل يعد منقذاً لحياة المريض[1]. وقد يجد الطبيب نفسه في وضع شائك ومعقد إذا نجم عن هذه العمليات الاستكشافية مضاعفات، أو إذا تأتى للمريض أو ذويه أنه كان من غير المستعصي الوصول إلى التشخيص الصائب باستعمال وسائل طبية أخرى دون تعريض المريض لأخطار تدخل جراحي، ولكن هذه المسائل محل تقدير شخصي من الطبيب المعالج وأنه أخذ رضى المريض أو ذويه، ويحاول الطبيب في كثير من الأحيان الاستعانة بذوي الخبرة من الأطباء والجراحين الاختصاصيين قبل إجراء مثل هذه العمليات الاستكشافية. ورغم هذا فإن الرأي الأخير للأطباء الخبراء فهم الذين يقرون ما إذا كان الطبيب أو الجراح القائم بإجراء العملية الاستكشافية قد أخطأ في ذلك أم لا، مع الأخذ بنظر الاعتبار أن الطبيب المعالج هو سيد القرار وصانعه في الحالات الاضطرارية والمستعجلة التي لا سبيل معها للانتظار والاستئناس برأي الغير أو إجراء المزيد من البحث والتدقيق للتثبت من حقيقة المرض وتحديد علة المريض وسببها[2].

ولكن الملاحظ أن هناك صعوبة في اكتشاف وجود خطأ في التشخيص من جانب الطبيب، فليس من السهولة بمكان أن نقرر أو نعرف إذا كان الطبيب إبان قيامه بعملية تشخيص علة المريض كان حذراً ومتيقظاً أم لا، وما إذا كان طبيب آخر سيقوم بطريقة أخرى أم لا، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنه من المستحيل وغير المنطقي أن نطلب من الأطباء أو الجراحين كافة نفس الموهبة ونفس الملكة وذات الإمكانية والمقدرة في نطاق يبدو فيه الفن الطبي غاية في الإشكال والتعقيد؛ فضعف الإنسان له اعتباره وتجب مراعاته وإلا وقعنا في حرج كبير وارتكبنا ظلماً بحق الأطباء والجراحين[3].

لذلك، فإنه ليس من السهولة على القضاء الكشف عن خطأ التشخيص والتثبت منه، إلا بإحالة النزاع على خبراء من الأطباء من ذوي الخبرة والاختصاص، إذ بالخبرة يمكن الوصول إلى معرفة ما إذا كان التشخيص حقيقياً أو أقرب إلى الحقيقة للحالة

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص262؛ عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف156، ص212؛ نزار عرابي، المرجع السابق، ص124.

(2) نزار عرابي، المرجع السابق، ص124.

(3) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص263؛ د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف56، ص211.

المرضية أو بعيداً عن الحقيقة والصواب، وهذا يبعد الطبيب المعالج عن المسؤولية؛ وفي معظم الحالات التي يشكو فيها المريض أو أفراد أسرته في حالة وفاته، من أن هناك خطأً في التشخيص يعزى إلى الطبيب أو أن هناك إهمالاً أو تقصيراً في الاحتياطات الطبية، ينتدب القضاء الخبراء لبيان ما إذا كان الطبيب مخطئاً من عدمه. ولكن القضاء غير ملزم بالأخذ بالمشورة التي قدمها الخبراء، فللقضاء أن يتخذ من تقرير الخبراء سبباً لحكمه، وله أن يحكم على خلاف ما جاء بهذه الخبرة أو المشورة، ولكن ينبغي على القاضي في هذه الحالة أن يضمن حكمه الأسباب التي تدفعه إلى طرح آراء الخبراء، والتي أوجبت عدم الأخذ برأي الخبير كلاً أو بعضاً[1]، فإن لم يفعل كان حكمه معيباً وتعرض للنقض[2].

وفي فرنسا، ذهب القضاء إلى التشدد بالنسبة للطبيب الاختصاصي، حيث يكون له وضع خاص فيما يتعلق بميدان اختصاصه، أكثر من غيره من الأطباء الممارسين العاديين، عندما تكون المعالجة ضمن حدود أبحاثه وتقصياته، ولا يكون هذا التشدد إلا عندما تكون حالة تشخيص مرض المريض متعلقة بهذه التقصيات وتلك الأبحاث، وعلى عكس ذلك، فإن هذا القضاء قرر عدم اعتبار هذا الطبيب مسؤولاً بدعوى أنه لم يستطع، دون أي إهمال منه، كشف مرض خارج عن النطاق الذي حدد فيه اختصاصه، ولكنه لم يعتبر أبداً عدم اختصاص الطبيب سبباً لإعفائه من المسؤولية، فيتعين على الأطباء، في هذا المضمار، أن يستعملوا كل الوسائل التي يكون في مقدورهم استعمالها للتحقق من أن تشخيصهم كان سليماً، وعند إثبات خطأ الطبيب في تشخيصه لداء المريض، ويجري الإثبات بأن هذا الخطأ في التشخيص هو الأساس في إلحاق الضرر بالمريض، فتنهض مسؤولية الطبيب ويترتب عليها التعويض كاملاً[3].

ولكن السؤال الذي يفرض نفسه هنا هو هل تنفصل مسؤولية الخطأ في التشخيص عن مسؤولية الخطأ في العلاج؟ صحيح أن الطبيب حينما يفحص المريض لا يفحصه في أغلب الأحيان، من أجل تشخيص المرض، ثم يذهب كل واحد منهما إلى حال سبيله، بل إن الطبيب غالباً ما يباشر العمل الجراحي وحتى دون أخذ رضى المريض أو أهله، في الحالات الاضطرارية والمستعجلة حيث تكون ظروف المريض لا تسمح بالانتظار ولا تمكن الطبيب من أخذ رضى المريض. وهذا يعني أن التشخيص

(1) المادة (140) من قانون الإثبات رقم 107 لسنة 1979.

(2) استاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف61، ص38.

(3) نزار عرابي، المرجع السابق، ص125.

يترافق ويتزامن مع العلاج من الناحية العملية؛ بل أكثر من هذا إن خطأ الطبيب في التشخيص لا يثير مسؤوليته، لأن مجرد الخطأ في التشخيص لا يمكن أن يترتب عليه ضرر، إن لم يقترن بالعلاج أو العمل الجراحي.

لذا يمكن القول أن الخطأ في التشخيص، وإن كان لا ينفصل عن الخطأ في العلاج أو العمل الجراحي، بل يتزامن ويترافق معه ويقترن به، إلا أنه يبقى مثيراً لمسؤولية الطبيب أو الجراح إذا نجم عنه ضرر للمريض[1].

ومن التطبيقات الفرنسية ما قضت به محكمة السين في فرنسا بعدم مسؤولية الطبيب الذي شخص حالة طفل على أنه مصاب بالتهاب غشائي في الفم واقتصر في علاجه على غرغرة وغسيل للأنف، ولكن تبين بعد ذلك أن الطفل مصاب بالدفتريا فأعطي العلاج المناسب ولكن الطفل سرعان ما وافته المنية، وقالت المحكمة أن غلطة الطبيب مغتفرة ولا سيما أنه لم يستطع متابعة سير المرض حيث لم يعرض عليه الطفل سوى ثلاث مرات، وأن مسؤولية الطبيب لا تتقرر في الحالات التي لا تساعد فيها الأعراض الظاهرة في كشف حقيقة الحالة[2].

كذلك لا يسأل الطبيب إذا ما تشابهت الأعراض المرضية واختلفت لدرجة تختفي فيها حقيقة المرض على أكثر الأطباء خبرة ودراية. ومن التطبيقات القضائية على ذلك ما قضت به محكمة روان Rouen بفرنسا في قضية تتلخص وقائعها في أن امرأة شكت لأحد الأطباء آلاماً في بطنها ففحصها وقرر أن عندها ورماً ليفياً يجب استئصاله فوراً، في أثناء إجراء العملية ظهر له وهو يستأصل الورم الليفي المزعوم أنه أخطأ في التشخيص وأن المرأة حامل وليس عندها ورم، فشرع في الحال في شق بطنها وأخرج جنيناً حياً، ولكن في مساء اليوم نفسه حصل للأم نزيف دموي مصحوب بمضاعفات أودت بحياتها. قررت المحكمة أن الخطأ في التشخيص ولو أدى إلى إجراء عملية جراحية أودت بحياة المريضة، لا يوجب بذاته مسؤولية الطبيب أو الجراح لأنه من المحقق أنه لصعوبة التشخيص وعدم إمكان الوصول إلى الحقيقة بطريقة جازمة، فإن أمهر الأطباء وأكثرهم خبرة وأوسعهم علماً وأعظمهم تدقيقاً وعنايةً معرض للخطأ، غير أن المحكمة أضافت بأن القانون وإن لم يفرض على الطبيب العصمة، فإنه لا يذهب إلى حد السماح له بتشخيص داء المريض برعونة وطيش دون أن يحيط نفسه بالمعلومات الضرورية بل المفيدة التي تساعده على تكوين رأيه ودون أن يستعمل الوسائل

(1) نزار عرابي، المرجع السابق، ص128.
(2) محكمة السين في 23 شباط (فبراير) 1914 جازيت دي باليه 1914، 2ـ 242 مشار إليه في مؤلف الدكتورة وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص51.

التي يوصي بها العلم في البحث والرقابة وتلك قواعد يقضي بها العقل والحكمة ولا تحتاج إلى بحث في النظريات الطبية، فإغفالها يجعل الطبيب إذا أخطأ في التشخيص مسؤولاً عن خطئه[1].

وواضح أن هذا القضاء كان ينسجم مع ما كانت عليه العلوم الطبية في ذلك الوقت، وأعتقد أن الأمر يختلف في هذا الوقت، ذلك أن علم الطب حقق تقدماً كبيراً، وأصبح تشخيص مثل هذه الأمراض أمراً يسيراً.

ومن التطبيقات القضائية الفرنسية ما قضت به محكمة استئناف باريس في قضية تتلخص وقائعها في أن امرأة سقطت من على السلم فجرحت يدها فشخص الطبيب حالتها بأنها التواء في قبضة اليد، فأمر بتدليكها، ولكن حالتها لم تتحسن، فأدخلت في إحدى المستشفيات حيث اتضح أن في يدها كسراً لم يجبر. فرفضت محكمة استئناف باريس اعتبار الطبيب مسؤولاً عن خطئه في التشخيص الذي وقع فيه، إذ إن الإلتهاب ما كان ليسمح له بإجراء تشخيص صحيح[2].

والملاحظ أن هذا القضاء معيب، فالطبيب في الواقع أهمل في إحالة المريضة على التصوير الشعاعي لكي يكون على بينة من الأمر، مع أن الظروف كانت تحتم عليه أن يشتبه في وجود كسر في يدها.

ومن التطبيقات القضائية ما قضت به محكمة باريس: ((لا يسأل الطبيب إذا كان الخطأ في التشخيص راجعاً إلى تضليل المريض له في البيانات التي أدلى بها عن آلامه وأعراض المرض أو إخفائه لبعض الحقائق الخاصة به)) [3].

وكذلك قضت محكمة نانس: ((وإذا كانت القاعدة العامة أن الطبيب لا يلتزم باستشارة طبيب آخر أكثر خبرة منه أو تخصصاً إلا أن هناك حالات استشارية تستدعي ذلك، وبصفة خاصة إذا طلب المريض أو ذووه مثل هذا التدخل، ويعتبر الطبيب مخطئاً إذا امتنع عن ذلك فيما عدا الحالات الاضطرارية والاستعجال التي تمنع مثل هذه الاستشارة))[4].

---

(1) محكمة رواه Rouen في 21 نيسان (إبريل) 1923 جازيت دي باليه 1923، 2 ـ 247 مشار إليه في مؤلف الدكتور محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص130.

(2) استئناف باريس في 6 حزيران (يونيو) 1923 دالوز 1924، 2017 مشار إليه في مؤلف محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص132.

(3) محكمة باريس 15 تشرين الأول (أكتوبر) 1927، الأسبوع القضائي 1927، 1 ـ 1401، مشار إليه عند الدكتورة وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص53.

(4) محكمة نانس، في 19 كانون الثاني (يناير) 1928، جازيت دي باليه 1928، 1 ـ 410 مشار إليه عند الدكتورة وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص53.

ونظراً لأن العلوم الطبية في تطور مستمر، كما أن طرق تشخيص الأمراض وعلاجها ما زالت محل خلاف بين أساطين الفن الطبي، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الطبيب لا يسأل إذا كان الخطأ في التشخيص راجعاً إلى ترجيح رأي علمي على رأي آخر أو طريقة في التشخيص على طريقة أخرى ما دام علم الطب لم يستقر بعد على هذا الرأي أو ذاك[1].

ويمكن القول أن القاعدة التي يتبعها القضاء الفرنسي في نطاق الخطأ في التشخيص، هي أن الطبيب أو الجراح، تنهض مسؤوليته إذا أقيم الدليل على أنه قام بتشخيص عابر ومستعجل أو أنه أهمل أسلوب الفحص والتدقيق والملاحظة التي تفترض عادة في مثل حالة المريض، ويلزم بتعويض الضرر الذي حدث للمريض أو لذويه في حالة وفاته نتيجة لاستخفافه وعدم اهتمامه بفحص المريض فحصاً دقيقاً، ما أوقعه بهذا الفحص الخاطئ.

تطبيقات من القضاء الإنكليزي:

إذا حدث خطأ في التشخيص بنية حسنة أثناء العلاج فلا تثار مسؤولية الطبيب، وخطؤه في التشخيص يفترض أن يكون تقصيراً، ويتعين لنفي هذه القرينة إحالة النزاع على خبير لبيان ما إذا كان هناك تقصير من جانب الطبيب أم لا، ويشترط لتخلص الطبيب من المسؤولية توافر شروط معينة أقرها القضاء الإنكلوسكسوني وهذه الشروط هي: أولاً ــ يجب أن يمتلك الطبيب درجة معينة من المهارة والمعرفة التي يمتلكها عادة أطباء آخرون، يمارسون نفس النوع من الطب؛ ثانياً ـ أن الطبيب بذل جهده وعنايته في ممارسة عملية التشخيص؛ ثالثاً ـ أنه أنجز ونفذ العناية والعلاج وفق الاعتقاد النزيه الذي مفاده أن ما بذله صحيح في الظروف المعروفة له في حينها[2].

إن امتلاك صفات العناية والمهارة والتقدير الصحيح لا تكفي لبيان استعمال الطبيب لها. فالتحليلات والمختبرات والاستشارات والأشعة ووسائل التشخيص الأخرى، ربما تكون مطلوبة في التشخيص، كوسيلة مساعدة لتحديد طبيعة المرض وحقيقته للوصول إلى التشخيص الصحيح من أجل تحديد العلاج الصحيح، ويعتبر عدم استخدام المتوافر من وسائل التشخيص تقصيراً، خاصة إذا كانت تلك الوسائل مختبرات نموذجية مقبولة في التشخيص، ففي إحدى الدعاوى حكم على طبيب مختص بالأمراض الجلدية بالتعويض عن الأضرار التي لحقت المريض، حيث كان هناك شهادة

(1) نقض مدني فرنسي، في 9 مايس (مايو) 1967، دالوز 1967، 1 ـ 161؛ نقض مدني فرنسي في 26 حزيران (يونيو) 1970، 1 ـ 87.

(2) لغراد ووهل، الطب العدلي، المرجع السابق، ص422.

خبير تقرر أن استئصال جزء من النسيج الحي لدراسته كان معترفاً به كاختبار تشخيص نموذجي لتقرير وتحديد السرطان طبياً. فاختصاصي الأمراض الجلدية عالج الحالة المرضية في إحدى الشفتين لمدة سنة بأنواع الأدوية ولم تشف هذه الحالة خلال سنة، فأصبحت حالة المريض أسوأ مع تقادم الزمن، لذلك قرر بأن أسلوب العلاج كان دون المستوى المطلوب وأن الطبيب أخفق في القيام بدراسة جزء من النسيج الحي للتوصل إلى التشخيص المطلوب والصائب[1].

ويعد التشخيص الخاطئ إهمالاً فقط إذا انطوى على عدم امتلاك الطبيب المهارة اللازمة أو بذل العناية التي تحتم عليه بذلها. ففي قضية وايتفورد ضد هونتير White ford V. Hunter زعم المدعي أن الطبيب (المدعى عليه) وهو جراح مشهور كان مقصراً في تشخيص حالة مرضية على أنها سرطان مع أنها لم تكن سرطاناً إطلاقاً، وبأنه كان مقصراً في إجراء فحص بمنظار المثانة، وفي عدم إجراء استئصال نسيج حسي لدراسته مجهرياً. وقد أصدرت المحكمة حكماً يقضي بتقصير الجراح، وتم الحكم بتعويضات للمدعي، وعند استئناف الحكم وعرض القضية على مجلس اللوردات، حكم بعد موجود تقصير من جانب الجراح.

وتوجد قضايا عديدة تم فيها إثبات وجود تقصير في التشخيص؛ ففي دعوى قدمت ضد لجنة إدارة مستشفى غرينوج وديبتفورد Grenwhich and Deptford Hospital حكم على طبيب جناح الطوارئ بالإهمال في تشخيص التهاب الزائدة الدودية الحاد الذي حدث لفتاة عمرها إحدى عشرة سنة، فقد تم نقلها إلى المستشفى، وهي تعاني من ألم حاد في البطن مع تقيؤ، وبعد فحص لبطن الفتاة، أخبر طبيب الطوارئ والد الفتاة بأن ابنته تعاني من اضطرابات معدية، وقد تم العودة بها إلى البيت، وبعد يومين تم فحص الفتاة من قبل طبيبها الممارس الذي أدخلها إلى المستشفى حالاً؛ حيث تم إجراء عملية فتح بطن فورية كشفت عن وجود التهاب عام للغشاء المبطن للتجويف البطني بفعل الزائدة الدودية المثقوبة المصابة بالغنغرين. وتوفيت الفتاة بعد ستة وثلاثين ساعة من العملية. وقد أكد القاضي في حكمه، بأن هناك عبئاً كبيراً على المحكمة للتأكيد بأن الأشخاص لم يحصلوا على تعويضات لمجرد أن الطبيب ارتكب خطأً، ومع ذلك فإنه حكم بأنه في هذه القضية كان طبيب الطوارئ قد أخفق في إبداء المهارة والعناية المهنية الصحيحة، والتي من حق جميع المرضى توقعها. وقد حصل والد الفتاة الذي رفع الدعوى على تعويض[2].

---

(1) لنراد ووهل، الطب العدلي، المرجع السابق، ص423.
(2) مبادئ تايلور وممارساته في القضاء الطبي، المرجع السابق، ص43.

التقدير أو الحكم السريري:

في عام 1970 وُلد ستيورت وايتهاوس Stuart Whitehouse بعملية قيصرية مصاباً بأضرار في دماغه. وقد رفعت أمه نيابة عنه دعوى ضد الطبيبة النسائية مدعية وجود تقرير ومطالبة بتعويضات عن الأضرار. وبعد محاكمة استمرت أحد عشر يوماً حكم القاضي لصالح الرضيع (المدعي) بمبلغ قدره مائة ألف باون. فقد وجد القاضي بأن الطبيبة النسائية استعملت لأداة الجراحة وهي (الكلاب) بقوة وبشكل طولي مما أدى إلى انحشار الجنين كما لو دق فيه إسفين، وبسبب محاولة إخراجه من هذا الوضع (قبل الولادة السريعة من الفتحة القيصرية) سببت الطبيبة اختناقاً للطفل أدى بدوره إلى حدوث شلل في الدماغ. لكن محكمة الاستئناف وبأغلبية الأصوات، نقضت القرار، وأكدت عدم تقصير الطبيبة، وفي الاستئناف تم التدقيق بشكل واسع في الفرق بين التقصير وخطأ التقدير أو الحكم السريري، إذ قال اللورد دينينغ: ((يجب أن نقول، وأن نقول بحزم، بأن الغلط في التقدير من قِبَل صاحب مهنة محترفة ليس نوعاً من الإهمال)). وقد تم النظر في هذا التصريح ونقضه بشكل صريح عندما أعيد الاستئناف في مجلس اللوردات على الرغم من أن قرار محكمة الاستئناف لصالح الطبيبة قد تم تأييده.

وفي معالجته لمسألة الحكم السريري قال اللورد فريزر من توليبيلتون Fraser of Tully Belton ((مع احترامي لما ورد في نص (نص اللورد دينينغ) فأنا أعتقد أن اللورد دينينغ كان يقصد القول بأن الخطأ في التقدير (ليس بالضرورة) أن يكون ((إهمالاً)) ولكن برأيي المتواضع فإن النص كما يظهر ليس تعبيراً دقيقاً عن القانون، وأن مجرد وصف الأمر بأنه خطأ في التقدير لا يخبرنا بشيء عما إذا كان تقصيراً أو لا. فالموقف الحقيقي هو أن الخطأ في التقدير ربما يكون إهمالاً أو لا يكون كذلك؛ فذلك يعتمد على طبيعة الخطأ. فإذا كان من النوع الذي ارتكبه شخص كفؤ بشكل معقول يدعي بأن له مستوى ونوعاً معينين من المهارة التي يدعي المدعي عليه بامتلاكها، ويتصرف بعناية اعتيادية، عندئذ يكون الخطأ في التقدير تقصيراً. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، إذا كان الخطأ في التقدير يقترفه الشخص المهني الذي يتصرف بعناية اعتيادية فإنه لا يعتبر تقصيراً)[1].

الإخفاق في إحالة المريض إلى طبيب استشاري:

ففي قضية باين ولجنة إدارة مستشفى القديس هيلير Payne V. st Helier Group Hospital. Management أكد القاضي أن تقصير طبيب الطوارئ يكمن في

(1) مبادئ تايلور وممارساته في القضاء الطبي، المرجع السابق، ص43 ـ 44.

عدم إبقاء المريض لغرض فحصه من قِبَل طبيب استشاري وكان المريض قد تعرض إلى رفسة حصان في البطن. ففي يوم الإصابة تم فحص المريض من قِبَل طبيب الطوارئ في المستشفى الذي سمح له بالرجوع إلى البيت، وبعد عدة أيام وجد المريض مصاباً بالتهاب عام في الغشاء المبطن للتجويف البطني الذي أودى بحياته في النهاية. وقال القاضي في معرض حكمه بأن طبيب الطوارئ ليس لديه أي مبرر في إرجاع المريض إلى بيته، إذ كان يجب على هذا الطبيب إبقاءه في المستشفى لغرض فحصه من قِبَل طبيب استشاري[1].

الإخفاق في أخذ أشعة للمريضة:

إن الأساس الذي تقوم عليه دعاوى التقصير هو الفشل في أخذ أشعة للمريض. وتميل المحاكم الإنكليزية إلى الافتراض بأنه إذا كان هناك كسر أو خلع غير مشخص، أو إذا تم تجاهل وجود جسم غريب في جرح ولم يتم أخذ صورة شعاعية، فإن الطبيب يعد مقصراً في واجبه بحكم طبيعة الحال نفسها.

ففي قضية سابا باشي ضد هنتلي Sabapathi V. Huntley أكدت اللجنة القضائية في مجلس شورى الملكة عدم تقصير الطبيب أو مساعده بسبب عدم قيامهما بطلب فحص شعاعي لجروح المريض التي حدثت له أثناء حادثة في الطريق. وأكد أن حقيقة كون الطبيب قد أهمل في طلب فحص شعاعي فوري لا يشكل بالضرورة أي تقصير وأن ضرورة مثل هذا الفحص، يجب أن تعتمد دائماً على الظروف، بما في ذلك حالة المريض الصحية، وطبيعة الإصابات، وتوافر الأجهزة الضرورية[2].

وفي قضية برايشو مع هاردفيلد ولجنة إدارة مستشفى نورشوود Braishaw V. Harefield and Northwood Hospital Management Committee زعم المدعي بأن الخدم ووكلاء إدارة المستشفى أو كلا الطرفين قد قصروا في عملهم وذلك لعدم قيامهم بإجراء فحص شعاعي لذراعه؛ فقد كان المريض قد راجع قسم الطوارئ موضحاً بأن ذراعه قد ارتطمت بقطعة فولاذية، وقد وجد بأن هناك تمزقاً في الجزء العلوي من ذراعه الأيمن، وقد أظهر فحص الجرح عدم وجود أي دليل يوحي بدخول جسم غريب في الجرح. ولم يتم أخذ أشعة له، بل تم تخييط الجرح، ولم يشكو المريض من أي ضيق أو ألم، وعندما تم رفع أزرار الخياطة، وبعد أشهر قليلة بدأ يشكو من ألم في ذراعه الأيمن؛ وتمت إحالته إلى المستشفى ثانية، وقد أظهر الفحص الشعاعي

(1) مبادئ تايلور وممارساته في القضاء الطبي، المرجع السابق، ص44 ـ 45.
(2) مبادئ تايلور وممارساته في القضاء الطبي، المرجع السابق، ص45.

لذراعه وجود قطعة معدنية التي تمت إزالتها بدون صعوبة. وقد رفع المريض دعوى ضد إدارة المستشفى مدعياً بأنه كان يجب عليها أخذ أشعة لذارعه عندما زار قسم الطوارئ أول مرة. وبناءً على ما قاله المريض عندما حضر إلى المستشفى لأول مرة، رأى اتحاد الدفاع الطبي، بأن لدى طبيب الطوارئ ما يبرر الافتراض بعدم وجود جرح عميق؛ وقال القاضي وفي معرض الإدلاء بقراره: ((بما أن المريض كان قد بيّن تعرض ذراعه للإصابة، فإن عدم أخذ أشعة لم يكن إهمالاً، ولذلك فقد ردت الدعوى، الأمر الذي دفع المريض إلى طلب الاستئناف الذي ردته بدورها محكمة الاستئناف؛ وقال قاضي الاستئناف: لقد أظهرت القضية أن المحاكم لم تصدر دائماً حكماً بوجود تقصير لأنه لم يتم أخذ أشعة للمريض، وبأن جميع مثل هذه القضايا اعتمدت على الظروف الخاصة بكل قضية معينة))[1].

وفي قضية مكورماك وريدباث Mecormack V. Red path جرح أحد العُمّال القائمين بنصب الفولاذ، في رأسه، بعد أن ضربه مفتاح ربط (أسبانة) سقط بشكل عرضي من ارتفاع أربعين قدماً، كان بيد أحد العُمّال الآخرين، لكنه لم يغمَ عليه ونقل إلى المستشفى حيث فحصه طبيب الطوارئ، وكشف الفحص عن تمزق جلدة الرأس، لكن لم تظهر عليه إصابة أو جرح واضحة في عظم الجمجمة. وقد تمت خياطة التمزق وسمح للمريض بالذهاب إلى البيت، ولم يذهب إلى العمل لمدة ثلاثة أسابيع، وخلال الأشهر القليلة التي تلت ذلك، شعر المريض بالصداع والدوران، وقد تمت إحالته ثانية للمستشفى، وتم فحصه في الوقت اللازم، ومن قِبَل اختصاصي بجراحة الأعصاب، الذي وجد بأن المريض مصاب بكسر غائر في عظم الجمجمة، وأن هناك قطعة أو جزءاً من العظم يتدلى باتجاه نسيج الدماغ، وقد تمت إزالة قطعة العظم وكتلة نسيجية مصابة بالندب، وبعد ذلك بدأ المريض يعاني من نوبات (شبه صرع)؛ وقد رفع دعوى ضد أرباب عمله مدعياً الإهمال من جانب العامل الذي أسقط مفتاح الربط (الإسبانة)؛ وقد اعترف أرباب العمل بذلك، لكنهم ادعوا بأن جميع جراح المريض ناجمة عن تقصير طبيب الطوارئ الذي أخفق في تشخيص الكسر الغائر (المنخفض) في الجمجمة، وفي الترتيب لإجراء مداخلة جراحية فورية. وقد قيل بأن من الصعب تمييز مثل هذا النوع من الجراح؛ ولكن القاضي لم يقبل هذا الدفاع أو الدفع، بل أصدر حكماً يقضي باعتبار الطبيب مقصراً لعدم قيامه بالعناية الواجبة والمطلوبة؛ وذلك لأنه لم يطلب أخذ صورة شعاعية للجمجمة.

---

(1) مبادئ تايلور وممارساته في القضاء الطبي، المرجع السابق، ص45.

غير أن القاضي عند تقديره للتعويض أخذ بنظر الاعتبار أن بعض جروح المدعي كانت بسبب الإخفاق في التشخيص[1].

الخلاصة:

نستخلص مما سبق أن الوصول إلى السبب الحقيقي للمرض ومعرفة طبيعته ونوعه وحقيقته وسببه ليس بالمهمة السهلة دائماً، بل هي مهمة صعبة جداً إن لم تكن مستحيلة في بعض الأحيان، حيث أنه في بعض الأحيان لا يتمكن الطبيب من الوصول إلى تشخيص يطمئن إليه، وخصوصاً في تشخيص الحالات المستعصية. فالتشخيص مهمة شائكة ومعقدة، حيث تختلف فيها وجهات النظر بين الأطباء، والطبيب يجد نفسه أمامها في وضع شائك، إذا كانت أعراض المرض غير واضحة بطريقة يتعذر تشخيصها أو خفية يصعب اكتشافها، خاصة وأن أعراض المرض لا تظهر في الواقع كتعبير حرفي لما تتحدث عنه الكتب العلمية، ومع هذا يؤاخذ الطبيب، إذا أقيم الدليل على أن الخطأ الذي اقترفه الطبيب، من الممكن تفاديه لو أنه لجأ إلى أسلوب فحص آخر لا يحمل في طياته أي أذى أو خطر على المريض، وكذلك يتعرض الطبيب للمسؤولية إذا اتضح أنه تجاهل المبادئ الأساسية التي يحتمها عليه علم أسباب الأمراض وأعراضها (الباثولوجي)[2]؛ وكذلك تثور مسؤولية الطبيب إذا ثبت أنه لم يقم إلا بإجراء فحص سطحي عابر ومستعجل لم يرجع فيه إلى المراجع المتوافرة له، والتي يتضح أنه لو كان قد رجع إليها لتوصل إلى طبيعة المرض ونوعه وحقيقته وسببه، وتبرز مسؤولية الطبيب كذلك إذا أحجم عن اتباع وسائل الفحص الطبي الموضوعة تحت تصرفه، التي يلزمه علم الطب باتباعها، كعدم اللجوء إلى أخذ عينة من الورم الذي يشك في أنه ورم سرطاني خبيث وزرع هذه العينة للتأكد من وجود هذا المرض أو عدم وجوده، وأيضاً يؤاخذ الطبيب الذي يمتنع عن الانتقال والتحول إلى طريقة جديدة مبتكرة أقرها علم الطب الحديث، وخاصة عندما يكون إزاء حالات تستوجب هذا التحول كالحالة التي تتشابه فيها الأعراض ويختلط فيها الأمر على الطبيب، فيتعذر عليه التمييز، فلا يتمكن بواسطة الفحص العادي أو استخدام الوسائل القديمة أن يفرق بين حالة الحمل وبين التكيس أو الورم وهو خلط من الممكن تفاديه لو أن الطبيب لجأ إلى إعطاء المريض جرعة من الهرمونات[3]. ولذلك فإنه ينبغي على الطبيب أن يجري فحوصات وتحليلات كافية إذا كانت حالة المريض الصحية وأعراض مرضه

(1) مبادئ تايلور وممارساته في القضاء الطبي، المرجع السابق، ص45 ـ 46.

(2) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف66، ص40.

(3) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف66، ص41.

تدعو إلى القلق بشكل خاص إذا طلب منه المريض أو أهله في حالة فقدانه للوعي القيام بهذه الفحوصات أو التحليلات المختبرية، ويجب أن ينطوي التشخيص على التحريات والمسائل الضرورية كافة. وأخيراً فإنه لا تثريب على الطبيب أو الجراح الذي لم يأخذ صورة شعاعية للمريض واكتفى بما تلقاه من العيادة أو المستشفى من معلومات عن حالة المريض وطبيعة مرضه[1].

الفرع الثاني: الخطأ في تخدير المريض

عندما اكتشف المخدر (البنج) في عام 1846 اعتبر من الانتصارات العلمية في ميدان الطب، وقد شاع استعماله من ذلك التاريخ وأصبح من الوسائل المتبعة لتخفيف الآلام عن المرضى، فقد أصبح من العقاقير ذات التأثير في الإحساس والشعور بالألم، وقد عاون على إجراء العمليات التي تحتاج إلى سكون تام من المريض، كما عاون في التوليد وذلك بتخفيف آلام المخاض والمحافظة على قوى الأم وإراحة عضلات وأعضاء الحمل؛ ونظراً للخطورة الكامنة في استعماله وتشعب وتنوع استعماله، أصبح من العلوم التي تدرس في الكليات الطبية كاختصاص قائم بذاته، فلا يكفي من الطبيب أن يكون مجازاً في الطب بل لا بد له من الحصول على اختصاص في التخدير ولا سيما عند إجراء العمليات التي تستدعي التخدير العام[2]. ولما كانت العقاقير المخدرة مختلفة التأثير والفعالية بين شخص وآخر، إذ يتحكم في ذلك عدة معايير منها السن والجنس والاستعداد والقدرة على الاحتمال والتأثير وسبق الإصابة ببعض الأمراض، إذ أن الأدوية المخدرة ووسائل التخدير على جانب كبير من الخطورة من حيث المحاذير والنتائج الناجمة عنها، لذلك فإن استعمالها والتعامل بها واستخدامها يتحتم أن يكون ضمن اعتبارات منها الدقة والحيطة والحذر. فالعقاقير المخدرة التي تعطى للمريض ينبغي أن يراعى بها السن والجنس والبدانة والنحافة وفيما إذا كان الشخص المعطى له المخدر مدمناً على المسكرات أو لا، وكذلك هناك فرق بين عملية وأخرى، لذلك فإن علم الطب والجراحة والتخدير قد وضع معايير خاصة ودقيقة لاستخدامات التخدير وخاصة في العمليات الجراحية. ونظراً لتقدم الاكتشافات الطبية المذهلة في مجال العقاقير المخدرة وتأثيرها في الجسم البشري وتشعب وتنوع هذه العقاقير وتحديد استخداماتها وطرق استعمالها، كي يبقى الإنسان محافظاً على حياته أثناء إجراء العملية دون ألم، لذلك فقد وضع علماء القانون الشروح والنظريات التي يحاسب بها الطبيب

(1) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف67، ص41.
(2) سمير أورفلي، المرجع السابق، ص902؛ نفس المعنى، د. الجوهري، المرجع السابق، ص413.

الاختصاصي والممارس العام على حد سواء فيما إذا أخطأ في استعمال هذه العقاقير الخطرة نتيجة إهماله أو قلة احترازه أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة[1].

وقد أخذ القضاء يجتهد في حيثيات أحكامه، لأن التخدير أصبح تخصصاً مهماً من تخصصات الطب وزادت أهميته في القرن الحالي، ويستنتج ذلك من خلال ارتفاع نسبة الأحكام الصادرة في قضايا مسؤولية أطباء التخدير في فرنسا وهي في تزايد مستمر. ففي تقرير قدمه أحد أساتذة الطب إلى الأكاديمية الطبية الفرنسية في عام 1975، قدر أن نسبة الزيادة بين عامي 1962 و1970 قد بلغت 72٪ بالنسبة للأطباء بوجه عام و82٪ بالنسبة للأطباء الجراحين و145.6٪ بالنسبة لأطباء التخدير[2].

إن إعطاء أي نوع من المخدر مهمة شاقة تتطلب معرفة وخبرة خاصتين، ذلك أن المخدر الحديث معقد ولا يخلو من الخطر بأي حال من الأحوال، وقد تنهض مسؤولية الطبيب الذي يعطي المخدر في حالة اقترافه الخطأ فعليه أن يظهر العناية اللازمة خلال مهمته، ولا تتوقف مسؤوليته أو تنتهي، بل تستمر إلى أن ينتهي مفعوله وأثره في المريض بشكل تام[3]. بيد أن الوفاة قد تحدث أثناء التخدير أحياناً رغم ما وصل إليه التقدم الطبي بصورة عامة وطب التخدير بشكل خاص، ورغم عناية طبيب التخدير ودقته وحذره، لأسباب لم تصل العلوم الطبية إلى معرفتها بعد، ومن هنا كانت الدقة في حالات التخدير، وإن كانت نسبة الوفاة من الكلوروفورم قد قدرت في سنة 1891 بواحد من كل عشرة آلاف وهذه نسبة ضئيلة جداً لا تبرر استبعاده، خاصة وأن الصدمة العصبية التي تتمخض عن الألم المبرح يمكن أن تؤدي هي نفسها إلى الوفاة وبالتالي تكون مخاطر الألم على حياة المريض أكبر من مخاطر التخدير[4].

ولكن يتحتم على طبيب التخدير، شأنه شأن الأطباء الآخرين عند وصفه للعلاج، أن لا يعرض المريض إلى خطر لا يتناسب مع العلة أو الداء أو الإصابة التي يشكو منها، وإنما يجب عليه أن يوازن بين خطر الإصابة وخطر التخدير؛ وقد قرر القضاء الفرنسي هذا المبدأ في أول قضية عرضت عليه من هذا النوع في سنة 1853، فقد حدث أن قام الطبيب بتخدير المريض لغرض إجراء عملية جراحية لإزالة ندبة في وجنته، فمات المريض في الحال، وقد رفعت على الطبيب الدعوى أمام محكمة جنح السين، على أساس أن الطبيب قد تسبب بموت المريض نتيجة الخطأ الذي ارتكبه، وهو تعريض المريض لخطر

(1) سمير أورفلي، المصدر السابق، ص902.

(2) د. محمد هشام القاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق والشريعة الكويتية، س5 ع2، 1981، ص8.

(3) مبادئ تايلور وممارساته في القضاء الطبي، المرجع السابق، ص34.

(4) د. الجوهري، المرجع السابق، ص413.

لا يتناسب البتة مع الإصابة التي يشكو منها وقد قرر الخبراء أن الطبيب استخدم جميع الاحتياطات الممكنة التي تقتضيها المهنة الطبية، وأن وفاة المريض كانت حالة عرضية لا يمكن التنبؤ بها، ومع ذلك فقد أدانت المحكمة الطبيب، وثار الأطباء على هذا الحكم واستدعي الدكتور فيلبو Velpau لمناقشته أمام محكمة الاستئناف، فخاطب المستشارين قائلاً: ((إنكم تحملون بين أيديكم مستقبل الجراحة، فإذا حكمتم على الجراح الذي استخدم الكلوروفيورم، فإن أحداً منا لن يجرؤ بعد الآن على استعماله، والأمر متروك لكم، أن تعملوا على إزالة الآلام الإنسانية، أو تعملوا على إعادتها)). وعندما أراد الدفاع عن الطبيب التكلم، أوقفه رئيس المحكمة قائلاً: إن المحكمة قد استنارت بما فيه الكفاية وقضت ببراءة المتهم[1].

وقد ذكر الدكتور الجوهري أنه جرت مناقشة في أكاديمية الطب في فرنسا حول ما إذا كان من الممكن إجراء التخدير على المرضى المصابين بزيادة في الحساسية قد ترجع إلى علة في القلب، وأجاب الأستاذ أن بازي Bazy وفاكيز Vaquez عن ذلك بالإيجاب ولكن لما كان قد تبين أن حوادث الوفاة من الاستنشاقات الأولى من الكلوروفورم أساسها تأثير عصبي، وأن حالة الحساسية في القلب تهيئ لهذه الحالة، فإن الواجب يحتم على طبيب التخدير عدم إجراء التخدير لهذا الصنف من المرضى إلا بعد أن تهيأ لهم الثقة اللازمة لمواجهة العملية الجراحية[2].

ولكن، يمكن القول أن استخدام المخدر لا ينجم عنه خطر إذا اتخذت في ذلك جميع الاحتياطات التي يقتضيها العلم الطبي، كأن يقوم بإجراء التخدير طبيب مختص بهذا الفن ومؤهل لذلك ويكون مسؤولاً عن اختيار المخدر المناسب للعملية وإعطاء الكمية المناسبة لسن أو لعمر المريض وجنسه واستعداده الذاتي لتقبل المخدر وتحضير المريض بإجراء سلسلة من الفحوصات الطبية للتأكد من سلامته كالقيام بفحصه سريرياً وقياس ضغط شرايينه وسرعة نبضه والكشف على قلبه ورئتيه وكبده، وتحليل بوله ودمه للتأكد من عدم إصابته بداء السكري وأخذ تصوير شعاعي لصدره للتأكد من سلامة الجهاز التنفسي وكذلك التأكد من خلو معدة المريض من الطعام. فهذه التحاليل وتلك الفحوصات على جانب كبير من الأهمية لتحديد مسؤولية طبيب التخدير من الوجهة القانونية، فيما إذا نجم عن ذلك وفاة المرض أو التسبب بالوفاة إذا ثبت فيما بعد أن الوفاة نجمت عن التحذير غير الصحيح أو غير السليم، فإذا قام طبيب التخدير بهذه الفحوصات واتخذ في ذلك الاحتياطات

(1) مذكور في رسالة د. الجوهري، المرجع السابق، ص413 ـ 414.
(2) د. الجوهري، المرجع السابق، ص413.

كافة، وكان على جانب كبير من الدقة والحيطة والحذر، ولكن بالرغم من هذا وذاك نتج عن استعمال المخدر وفاة خارجة عن تقدير العلم لا يمكن التنبؤ بها، فلا يعد الطبيب مخطئاً ولا تثور مسؤوليته عن الأضرار المتمخضة عن التخدير، لأن طبيب التخدير قد تحقق من حالة المريض، وأن المخدر تم إعطاؤه في الظروف العادية، أما في الظروف غير العادية أي الظروف الطارئة التي تقتضي السرعة والعجلة، فإنه يكون لكل دقيقة قيمتها، فمتى كانت هذه هي الحال فإن طبيب التخدير إذا لم يقم بإجراء تلك الفحوصات، ونجم عن المخدر ضرر بالمريض فإنه لا يعتبر خطأ منه بل مجرد حادث من حوادث التخدير لا يسأل عنه الطبيب القائم بالتخدير لأن حالة الضرورة أجبرته على عدم إجراء مثل تلك الفحوصات التي تستغرق وقتاً طويلاً، والحالة الطارئة وحالة الضرورة تقدر بقدرها. وإذا كان طبيب التخدير مسؤولاً عمّا يقترفه من أخطاء أثناء القيام بعملية التخدير، فما هو مركزه القانوني بالنسبة للمريض في ظل غياب العلاقة التعاقدية المباشرة بينه وبين المريض لأن الطبيب المتعاقد مع المريض هو الطبيب الجراح وليس طبيب التخدير، كما جرت العادة في العراق؟ فهل إن طبيب التخدير هو أحد معاوني الجراح وبعبارة أدق هل إن طبيب التخدير تابع والجراح متبوع؟ إذا كان الجواب بالإيجاب، هل يستطيع الجراح، باعتباره متبوعاً أن يعطي أوامر وتعليمات لطبيب التخدير في صدد ممارسته لاختصاصه؟ وإذا كان الجواب بالنفي، فإن المتبوع يجب أن تكون له سلطة على التابع بالمعنى الكامل، ومجرد اختيار الجراح لطبيب التخدير ليس هو العنصر الجوهري والكافي لقيام علاقة التبعية، أما إذا كان للجراح سلطة على طبيب التخدير في توجيه أوامر وتعليمات إليه، فهل يستطيع طبيب التخدير أن يرفض أوامر وتعليمات الجراح المتعلقة بالتخدير، خاصة وأن هذه الأوامر والتعليمات تصطدم بالاستقلال المهني لطبيب التخدير؟ وإذا كان الجواب بالإيجاب، ألا يمكن أن تقوم تبعية بين الجراح وطبيب التخدير؟ ولكن لو فرضنا جدلاً أن هنالك علاقة تبعية بين الجراح وطبيب التخدير فإن الجراح يكون مسؤولاً عن عمل طبيب التخدير لأن هذا الأخير مجرد منفذ للعقد الطبي المبرم بين الجراح والمريض وطبيب التخدير الذي يكون خارج نطاق رضاء المريض بالعقد. ولكن ما الأمر إذا كان المريض هو الذي اختار طبيب التخدير؟ هل في هذه الحالة الأخيرة يكون طبيب التخدير مهنياً مستقلاً وبالتالي يكون مسؤولاً عن خطئه منفرداً وأن مسؤوليته مستقلة عن مسؤولية الجراح؟ وإذا كان الجواب بالنفي، هل إن مسؤولية طبيب التخدير تختلط بمسؤولية الجراح؟ وأن مسؤولية الأخير تستغرق بالضرورة مسؤولية الأول؟ وإذا كان الجواب بالإيجاب،

فهل إن الجراح يعتبر غريباً عن تخصص طبيب التخدير وغريباً عن وسائل التخدير وغير ملم بدقائقها وتفصيلاتها؟ وهل إن نشاط الجراحة متميز عن نشاط التخدير؟

وإذا كان طبيب التخدير مستقلاً ومنفرداً في عمله وتخصصه، فما الذي يربطه بالمريض؟ هل هو العقد المبرم بين الجراح والمريض، وبالتالي يصبح طبيب التخدير متعاقداً بطريقة ضمنية، أم الاشتراط لمصلحة الغير، وإذا أخذنا بالاعتبارات التعاقدية هل إن التعاقد يكون بطريقة صريحة أم ضمنية؟ بقي أن نتساءل هل إن مسؤولية طبيب التخدير مسؤولية مشتركة بين الجراح وطبيب التخدير (المسؤولية التضامنية) وبعبارة أخرى، هل إن الجراح وطبيب التخدير يقتسمان المسؤولية وبالتالي تصبح مسؤولية مشتركة؟ جميع هذه الأسئلة سوف نجيب عنها من خلال بحث مسؤولية طبيب التخدير.

وبادئ ذي بدئ، نقول، يعتبر طبيب التخدير، حتى الماضي القريب أحد مساعدي الطبيب الجراح وجزءاً من المجموعة المعاونة له، شأنه شأن المرضات والمساعدين الصحيين، وينظر إليه في هذه الحدود، وتتحدد مسؤوليته باعتباره أحد المساعدين فحسب، فالطبيب الجراح هو الذي يختاره ويشرف على عمله ويسأله عنه، لأن الجراح مسؤول عن جميع المجموعة المعاونة له[1]. وعلى هذا الأساس قضت محكمة استئناف جرونوبل Grenoble بأن: ((طبيب التخدير يختاره الجراح ومسؤوليته تغطيها مسؤولية الجراح وأن دعوى المسؤولية التي يرفعها المريض لا بد وأن توجه ضد الطبيب الجراح لأنه هو المسؤول عن العملية وليس طبيب التخدير، لأن الأخير مجرد منفذ لالتزامات الجراح))[2].

وفي نفس المعنى قضت محكمة استئناف باريس بأنه: ((يسأل الطبيب الجراح عن خطأ طبيب التخدير على أساس مسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعه))[3]. وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية بأن ((الجراح هو الذي كان محلاً لثقة المريض فهو يلتزم، وفقاً للعقد المبرم بينه وبين المرض، أن يقدم لهذا الأخير العناية الواعية واليقظة طبقاً للأصول العلمية، ويكون مسؤولاً عن الخطأ الذي يقترفه طبيب التخدير والذي يحل محله خارج نطاق رضا المريض لتنفيذ جزء لا ينفصل عن التزامات الطبيب الجراح))[4].

---

(1) كاراكيلو Karaquilio، مقال عن المسؤولية الطبية الناشئة عن التخدير، دالوز 1974، ص183.
(2) محكمة استئناف جرونوبل، في 16 مارس (مايو) 1956، J.C.P، 1956، 2 ـ 9456.
(3) محكمة استئناف باريس، في 14 شباط (فبراير) 1958، جازيت دي باليه، 1958، 1 ـ 438.
(4) نقض فرنسي، 18 تشرين الأول (اكتوبر) 1960، J.C.P، 1960، 6 ـ 1184.

ويستخلص من هذا القضاء أن طبيب التخدير مجرد معاون للطبيب الجراح ويعمل تحت إشرافه ويصدر له أوامر وتعليمات وتوجيهات في ممارسة عمله[1]؛ وله سلطة عليه، وبعبارة أدق، إن طبيب التخدير تابع للطبيب الجراح، ولذلك يعتبر الأخير مسؤولاً عن الخطأ الذي يقترفه طبيب التخدير، إذا كان الطبيب الجراح قد التجأ إليه من تلقاء نفسه دون الحصول على موافقة المريض على ذلك، ليحل محله في تخدير المريض، فهو في هذه الحالة يعتبر تابعاً للجراح ويقوم بعمل يشكل جزءاً رئيساً من التزامات الجراح؛ لأنه هو الذي اختاره، وبالتالي يكون هذا الاختيار تجسيداً لمسؤولية الجراح عن اختياره في ظل غياب العلاقة التعاقدية المباشرة بين المريض وطبيب التخدير. أما إذا كان اختيار الطبيب الجراح لطبيب التخدير بناءً على رغبة المريض، فلا إشكال أنه ينشأ عقد بينهما بالإضافة إلى العقد القائم بين الطبيب الجراح والمريض ومن ثم تكون المسؤولية تعاقدية بين طرفي العقد، المريض وطبيب التخدير، ثم يسأل كل منهما عن تنفيذ عقده مع المريض[2].

ولكن، مع تطور المعطيات الطبية الحديثة أصبح طب التخدير على درجة كبيرة من الخطورة والأهمية، وأضحى الالتجاء إلى طبيب التخدير يتزايد مع التقدم العلمي والطبي الحديث، ولأهمية الدور الكبير الذي يلعبه طبيب التخدير أصبح الالتجاء إليه على درجة كبيرة من الحيوية، فهو أي طبيب التخدير الذي يقوم بفحص المريض وتخديره قبل إجراء العملية ويستمر في مراعاة حالته في غضون إجرائها، وبعد انتهاء الجراح من العملية يأتي دوره مرة أخرى في إنعاش المريض وصحوته، إن كان الحال كذلك فإنه يمكن القول إن الطبيب الجراح لم يعد مسؤولاً عن الأخطار التي يقترفها طبيب التخدير. فقد جاء في قرار لمحكمة السين أنه: ((يجب على طبيب التخدير أن يبصر المريض بالعواقب المحتملة كافة أثناء عملية التخدير وعن الأخطاء الناجمة أو المحتملة عن ذلك، وبخلاف ذلك تنعقد مسؤوليته))[3].

ولتوضيح كل ما تقدم نقسم هذا الفرع إلى ثلاثة مطالب نخصص الأول لبحث اتجاه القضاء إلى المسؤولية المشتركة بين طبيب التخدير والطبيب الجراح (المسؤولية التضامنية)، ونعقد الثاني لدراسة المسؤولية المستقلة لطبيب التخدير عن مسؤولية الطبيب الجراح، ونفرد الثالث للكلام عن المسؤولية المشتركة بين الطبيبين الجراح وطبيب التخدير (اقتسام المسؤولية).

(1) د. محمد أبو العلا عقيد، المسؤولية الجنائية للأطباء، رسالة دكتوراه (بالفرنسية) جامعة باريس 1981، ص252.

(2) د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص62.

(3) محكمة السين، في 6 شباط (فبراير) 1962، دالوز 1962، ص62.

المطلب الأول: اتجاه القضاء إلى المسؤولية المشتركة بين طبيب التخدير والطبيب الجراح (المسؤولية التضامنية)

بيّنا سابقاً أن طبيب التخدير كان أحد معاوني الجراح وأن عملية التخدير تعتبر، عملاً ملحقاً بالجروح تقوم به ممرضة متمرسة في أغلب الأحيان وتعمل تحت إشراف ورقابة الطبيب الجراح ويكون مسؤولاً عما تقترفه من أخطاء، ولكن تطور المعطيات الطبية الحديثة جعل طب التخدير على درجة كبيرة من الأهمية والخطورة بحيث تطورت الأوضاع الصحية إلى درجة كبيرة وعلى الأصعدة الطبية كافة بشكل عام والتخدير بشكل خاص وألقيت على كاهل طبيب التخدير التزامات متعددة ومختلفة وقد أشرنا لهذه الالتزامات سابقاً وتلافياً للتكرار، فلا نعيد ذكرها هنا؛ ووفقاً للالتزامات المتعددة التي تقع على كاهل طبيب التخدير، فإنه تبدو أهمية عملية التخدير، من حيث أنها توقف العمل الطبيعي للجهاز العصبي، وتعتبر وسيلة لقيام الطبيب الجراح بإجراء العملية الجراحية على أحسن ما يرام؛ إذن عملية التخدير من الفنون الكثيرة الخطيرة، التي قد تفضي وحدها إلى موت المريض قبل تدخل الطبيب الجراح، فحياة المرض تكون تحت رحمة الجهاز العصبي الغائب عن الوعي مؤقتاً بفعل المخدر[1]. ومن هذه الأسس والاعتبارات بدأ الحديث عن استقلال طبيب التخدير ونفي تبعيته للطبيب الجراح؛ وعلى هذا الأساس قضت محكمة مونبيليه بأنه: ((إذا كان الجراح مسؤولاً عن رقابة العمال وما يأتيه العاملون تحت إمرته أثناء إجراء العملية الجراحية ومسؤولاً بالتالي عن أخطائهم إذا أهملوا في ممارسة رقابته، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة لطبيب التخدير حيث إن عمله لا يدخل في نطاق تلك السلطة والرقابة وذلك بسبب اختصاصه وتخصصه، حيث يؤدي عمله تحت مسؤوليته الشخصية في تخدير المريض لكي يهيئ للطبيب الجراح إجراء العملية ويراقب أثناء ذلك حالة التنفس والقلب والجهاز العصبي، فهو يستقل بمهمة التخدير قبل العملية وأثناءها، وبعد إجرائها))[2].

وقضت محكمة إكس بـ ((أن الطبيب الجراح الذي يلجأ إلى طبيب التخدير المؤهل والمتخصص إنما ينقل إلى زميله مهمة تأمين تخدير المريض في الظروف وفقاً للشروط التي تسمح بإجراء الجراحة بأمان وأن يراقب طبيب التخدير حالة التنفس وحالة القلب للمريض أثناء العمل الجراحي وأن يؤمن يقظة المريض، وأن عمل الطبيبين

---

(1) سافاتيه، تطور مسؤولية طبيب التخدير، دالوز 1967، ص35.

(2) حكم محكمة مونبيليه، في 5 مايس (مايو) 1971، J.C.P 1972، 1 ـ 53.

(الجراح وطبيب التخدير) رغم أنهما يسعيان إلى هدف واحد هو الوصول بالمريض إلى بر الشفاء، إلا أن أياً منها ليس تابعاً للآخر في ضوء الوضع الحالي للفنون الطبية))[1].

يتبين مما تقدم أن الغرض من اختيار الطبيب الجراح لطبيب التخدير هو مجرد تفادي الصعوبات التي تنشأ عن تعاقد المريض مباشرة مع طبيب التخدير، وأن استقلال الأخير يتحقق عملياً في مراحل تنفيذ العملية الجراحية وإن كان بدرجات متفاوتة، وهي مرحلة الإعداد للجراحة، ومرحلة تنفيذ الجراحة والمرحلة التي تعقب العملية الجراحية. ففي مرحلة الإعداد للعملية الجراحية يجوز للجراح أن يترك لطبيب التخدير أن يعد المريض ويحضره باعتبار التخدير لا يدخل في اختصاص الجراح وبعيداً عن فنه ونشاطه، وبالتالي يكون طبيب التخدير مسؤولاً عن أي خطأ أو إهمال وعدم كفايته في إجراء استعدادات التخدير ووسائله وجرعته، وكل شيء يدخل منطقة نشاطه. أما في مرحلة تنفيذ العملية، فيأخذ عمل الطبيب الجراح المرتبة الأولى لأن هذا العمل يدخل في منطقة فنه ونشاطه، ولكن رغم استقلالية طبيب التخدير من حيث مهنته ومسؤوليته، إلا أنه يبقى محكوماً بوقت العملية الجراحية وما قد يحدث أثناء إجرائها من مصاعب وتعقيدات، فهو يظل مسؤولاً عن فنه الخاص بالتخدير ويمكن أن يسأل عنه؛ أما المرحلة التي تعقب إجراء الجراحة، حيث يبرز مرة أخرى استقلال طبيب التخدير فهو يسأل عن حالة الإنعاش وصحوة المريض[2].

ومن هذا المنطلق فإنه لا يمكن القول بفكرة التبعية كاعتبار مطلق وإن كانت فكرة واردة، وبعبارة أخرى لا يمكن القول بمسؤولية الطبيب الجراح باعتباره متبوعاً عن خطأ طبيب التخدير باعتباره تابعاً، لأنه من حيث المبدأ فإن كان استقلال طبيب التخدير هو الأصل، فإنه إذا أقيم الدليل على تبعية طبيب التخدير للطبيب الجراح في حالة معينة بذاتها طبق القاضي أحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، أما إذا لم تثبت فكرة التبعية فإن طبيب التخدير تكون مسؤوليته مستقلة عن مسؤولية الجراح ويسأل مسؤولية شخصية عمّا يقترفه من أخطاء تقع ضمن تخصص ومنطقة نشاطه.

ولكن رغم الحديث عن هذه الاستقلالية ورغم صدور بعض الأحكام القضائية التي تؤيد استقلالية طبيب التخدير، فإنه من حيث الواقع الطبي، يظل قدر كبير من الارتباط قائماً بين أنشطة الأطباء القائمين بالفن الطبي، فيتحتم على طبيب التخدير، أن يكون على جانب من الوعي بحالة المريض الصحية ومقتضيات العلاج الجراحي الذي يقرره الطبيب المعالج؛ لذلك فإن التعاون بين الطبيب الجراح وطبيب التخدير في

(1) حكم محكمة أكس، في 26 تشرين الثاني (نوفمبر) 1969، med _ Preas، 1970، ص134.
(2) سافاتيه، تطور مسؤولية طبيب التخدير، المصدر السابق، ص35.

فحص المريض واختيار وسائل التخدير وفي التمهيد والإعداد الدقيق لتحضير المريض لإجراء العملية الجراحية في ظل الوسائل الفنية الطبية والجراحية المتقدمة يفضي إلى القول بأن مسؤوليتهما في حالة وفاة المريض، أو لحوق ضرر به، إن لم تكن متساوية، فعلى الأقل مشتركة ومترابطة ارتباطاً وثيقاً بحيث يصعب تأثيم فعل واحد منهما دون الآخر[1]؛ وعلى هذا الأساس واتفاقاً مع المعنى السابق قضت محكمة النقض بمسؤولية طبيب التخدير عن الخطأ والإهمال رغم غياب العلاقة التعاقدية المباشرة بينه وبين المريض[2].

وفي قضية أخرى تتلخص وقائعها في أن طبيب التخدير أعطى مصلاً مخدراً لمريض في العضلة بدلاً من الوريد، عن جهل بأصول الفن الطبي، وقد تمخض عن ذلك المصل إصابة المريض بغرغرينا بالذراع أدت إلى بتره، وعند عرض النزاع على محكمة بوردو، قضت بـ ((أن المريض غير مكلف بإقامة الدليل على خطأ طبيب التخدير إذا كان خطؤه واضحاً وينم عن جهل بأصول العمل الطبي في ظل تطور المعطيات والعلوم الطبية الحديثة وأن طبيب التخدير يُسأل عن هذا الجهل رغم غياب العلاقة التعاقدية المباشرة بينه وبين المريض، لأنه اقترف خطأً شخصياً واضحاً ومحدداً وأن الطبيب الجراح يُسأل فضلاً عن ذلك كمسؤولية تعاقدية عن خطأ طبيب التخدير الذي اختاره ليكون تابعاً له. وأن المريض ليس لديه القدرة على رفض تدخل طبيب التخدير الذي اصطحبه الجراح جراء العملية الجراحية، وأن الجراح مسؤول عن النتائج الضارة التي يحدثها طبيب التخدير الذي اختاره هو لمساعدته.

ورغم أن المريض لم يكن له دور في الموافقة على هذا الاختيار، فإن الجراح ملزم بموجب عقد العلاج الطبي المبرم بينه وبين مريضه، الذي منحه ثقته، بأن يسعفه بعناية ويقظة واعية متفقة مع مقتضيات العلوم الطبية الحديثة، وهو بالتالي يسأل عن الخطأ الذي اقترفه طبيب التخدير الذي لجأ إليه لإجراء التخدير والذي يحل محله لتنفيذ جزء لا يتجزأ من التزاماته خارج إطار رضا المريض. وحيث إن الطبيب الجراح مسؤول عن النتائج الضارة للخطأ المهني المحدد والثابت الذي اقترفه تابعه طبيب التخدير، وحيث إنه لا يوجد التزام تضامني للطبيبين بالنسبة للضرر الذي لحق بالمريض فإنهما يلتزمان وشركة التأمين على سبيل التضامم بمبلغ...))[3].

(1) د. محمد عادل عبدالرحمن، المصدر السابق، ص292.
(2) نقض مدني مصري في 3 تموز (يوليو) 1969، مجموعة أحكام النقض، س2، ص1094.
(3) محكمة بوردو، في 26 شباط (فبراير) 1964، Press _ med 1965، ص78.

ويتبين من ذلك أن المحكمة عالجت مسؤولية الطبيب الجراح بشكل مستقل عن مسؤولية طبيب التخدير، واعتبرت مسؤولية الجراح مسؤولية عقدية بمقتضى عقد العلاج المبرم بينه وبين مريضه. أما مسؤولية طبيب التخدير فقد اعتبرتها مسؤولية تقصيرية لغياب العلاقة التعاقدية بينه وبين المريض، ولذلك فقد انتهت المحكمة إلى فكرة المسؤولية التضامنية.

وفي قضية أخرى، تخص انفجار جهاز خاص بالتخدير، قضت محكمة السين بمسؤولية كل من الطبيب الجراح وطبيب التخدير على سبيل التضامن، وبعد الاستئناف، قضت محكمة استئناف باريس في نفس المعنى فقررت أن عمل كل من الطبيب الجراح وطبيب التخدير عمل طبي مختلط ومترابط ومتداخل ولا يمكن فصلهما بحيث يتحتم أن تكون المسؤولية على كاهلهما معاً، لأنه في دائرة الفن الجراحي، لا يرتبط مصير المريض بطبيب واحد، بل يتعلق شأنه بفريق من الأطباء يتطور نشاطه من خلال الأدوات الكثيرة المتقدمة المثيرة للقلق والمخاوف، وأنه من العبث البحث عما إذا كان هناك عقد أبرم بين المريض وكل طبيب من الفريق الطبي على حدة، فضلاً عن أن مثل هذا العقد اتفاق ضمني؛ حيث أتت فكرة الفريق الطبي لتعطي حلاً قانونياً متفقاً مع واقع العلاج الطبي.. ذلك أن الأطباء ينضوون تحت فريق عمل طبي من أجل العناية بالمريض ويعطون وكالة لواحد منهم هو الذي له علاقة بالمريض لكي ينوب عنهم في إبرام عقد العلاج الطبي.. وهذا الطبيب المتعاقد يقبل من الأطباء الآخرين أعضاء الفريق الطبي كلاً بحسب اختصاصه ما يبذله من عناية بالمريض، ويكون جميع الأطباء المنضوين تحت الفريق الطبي ملتزمين تجاه المريض. ومن حيث إن الطبيب الجراح وطبيب التخدير المدعى عليهما لم يدفعا المسؤولية بسبب أجنبي فإنه يجب الحكم عليهما بالتعويض على سبيل التضامم))[1].

ويرى البعض[2] وجوب أعمال المسؤولية التضامنية للطبيب الجراح وطبيب التخدير وذلك لصالح المريض المضرور ويستند هذا الرأي إلى اتجاه محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها كما يقول.

ويبدو لي أن هذا الرأي لا يتفق مع اتجاه محكمة النقض الفرنسية، والسند في ذلك هو أن التضامن لا يمكن افتراضه، وأن المسؤولية على سبيل التضامن لا يمكن إقامتها، إذ لا بد من نص في القانون أو اتفاق صريح في العقد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، إن محكمة النقض الفرنسية لم تخلق تضامناً بين طبيب التخدير والجراح،

(1) استئناف باريس، في 23 مايس (مايو) 1966، J.C.P 1966، 2 ـ 15482.

(2) د. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، المصدر السابق، ف65، ص130.

ولكنها ذهبت في إحدى مراحل تطورها، مع بعض أحكام القضاء الفرنسي الأخرى، والتي سبق أن ذكرت بعضها، إلى أن الطبيب الجراح وطبيب التخدير يسألان على (سبيل التضامم) وليس على (سبيل التضامن)، وذلك في فروض كانت فيها مسؤولية الطبي الجراح مسؤولية تعاقدية ومسؤولية طبيب التخدير مسؤولية تقصيرية. ومعنى التضامم أن يسأل كل من الطبيب الجراح وطبيب التخدير عن دفع التعويض المقضي به كاملاً دون رجوع على الآخر.

فهل ظلت المسؤولية مشتركة بين الطبيب الجراح وطبيب التخدير (المسؤولية التضاممية)؟ وبعبارة أخرى هل وقف التطور القضائي عند هذا الحد؟ أم أن مسؤولية طبيب التخدير أخذت تستقل تدريجياً خاصة وأن طب التخدير - كما أسلفنا - قد تطور تطوراً كبيراً من حيث الأجهزة الحديثة والوسائل الكيماوية والإلكترونية البالغة التعقيد المستخدمة في هذا المجال من مجالات الطب الحديث؟ وهل أصبح طبيب التخدير من ذوي الاختصاصات الدقيقة والمتقدمة؟ وهل أن التطور الهائل أفضى إلى اضمحلال فكرة مساعد الجراح الذي هو طبيب التخدير؟ وهل إن الأخير أصبح اختصاصياً مستقلاً ومؤهلاً شأنه شأن غيره من الأطباء المهنيين، وهل أدى استقلال طبيب التخدير واختصاصه وتخصصه إلى استقلال مسؤوليته القانونية عن مسؤولية الطبيب الجراح؟ وهل إن مسؤولية الأخير أصبحت لا تستغرق مسؤولية الأول ولا تختلط بها على الوجه الحتمي والضروري؟

الإجابة عن هذه التساؤلات سيكون موضوع المطلب الثاني من هذا الفرع.

المطلب الثاني: المسؤولية المستقلة لطبيب التخدير عن مسؤولية الجراح

من غير المقبول أن يسأل الطبيب الجراح عن كل خطأ لم يقترفه هو، بل ارتكبه طبيب التخدير، حيث إن تطور وسائل وأجهزة التخدير قد جعلت الطبيب الجراح غريباً عن تعقيدات هذه الوسائل لأنه غير مختص بها ولا يعرف طبيعتها وكنهها وغير ملم بدقائقها وتفصيلاتها، هذا من جهة، وأن وجود طبيب اختصاصي ومؤهل في عملية تخدير المريض جعل الطبيب الجراح بمنأى عن تركيز اهتمامه على هذا العمل الذي لا يمت بصلة إلى اختصاصه الذي هو فن الجراحة وليس فن التخدير، من جهة أخرى. فما على الجراح إلا أن يترك طبيب التخدير يمارس اختصاصه، ولا يمكن للجراح أن يتدخل في تخصص طبيب التخدير، نتيجة لذلك فقد تلاشت علاقة التبعية بين الجراح وطبيب التخدير، ولم يعد الأمر كما كان عليه في السابق، فهما متساويان من حيث درجة التأهيل المهني، ولكل منهما مجال عمل معين ومستقل عن

عمل الآخر، ومنطقة نشاط محددة ومتميزة عن منطقة نشاط الآخر، ومن الطبيعي أن يكون كل منهما غيوراً على مهنته وأهمية الدور الذي يلعبه في نجاح علاج المريض[1].

كل ذلك أدى إلى انفصال مسؤولية طبيب التخدير عن مسؤولية الجراح، ومما زادها اتساعاً، أن طبيب التخدير قد اتسعت منطقة نشاطه وتوسعت دائرة اختصاصه، بحيث تجاوز فنه عملية التخدير وشمل عملية إنعاش المريض سواء عقب إجراء الجراحة أم بدون إجراء عملية جراحية أصلاً، فقد يتدخل في تخصصه لإنعاش مريض مصاب بمرض القلب في حالة الإغماء أو في الحالات العاجلة المتمخضة عن إصابات الحريق أو في حالات النزيف أو الكسور، وبذلك يكون لطبيب التخدير منطقة نشاط مستقلة عن منطقة نشاط الطبيب الجراح[2].

وقد برزت بعض مظاهر استقلال مسؤولية طبيب التخدير منذ وقت مبكر نسبياً في بعض الأحكام القضائية، ففي عام 1953 قضت محكمة السين بـ: ((أن الجراح لا يمكن أن يكون مسؤولاً عن الخطأ الذي اقترفه طبيب وأدى إلى إصابة المريض بشلل بعد إجراء العملية الجراحية، لأن طبيب التخدير يتصرف في دائرة تخصصه بكل استقلال، وهو لذلك لا يمكن اعتباره تابعاً للجراح)) [3].

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بـ: ((أن نشاط التخصص الجراحي متميز عن نشاط تخصص التخدير بحيث لا يمكن أن يكون هناك مجال للحديث عن مسؤولية الفريق الطبي، وأن الطبيب الجراح لا يمارس أي رقابة وليس له سلطة على طبيب التخدير الذي يمارس فنه بصورة مستقلة وفقاً لقواعد الفن الطبي وأن فكرة مسؤولية الفريق الطبي تتجاهل الواقع لأن مساءلة الطبيب الجراح عن خطأ اقترفه طبيب التخدير، ما هو في واقع الأمر، إلا ترتيب المسؤولية على كاهل الطبيب الجراح عن فعل أو عمل لا يدخل في دائرة اختصاصه))[4].

(1) كورنبروبست، عقد التطبيب، المرجع السابق، ف306، نتيجة أن فن التخدير يدخل في صميم تخصص ومهنة طبيب التخدير فإن مسؤوليته عما يقترفه من أخطاء تدخل في صميم نشاطه وتنفصل في طبيعتها عن مسؤولية الطبيب الجراح الذي يسأل عما يرتكبه من أخطاء في العمل والفن الجراحي، لذلك فإنه يمكن القول بأن مسؤولية طبيب التخدير عن أخطائه الواقعة ضمن منطقة نشاطه تنعقد بمفرده دون الطبيب الجراح؛ وحيث أن طبيب التخدير يؤدي عملاً أساسياً وتقع عليه التزامات جوهرية فإن مهنته ومهمته لا تقل خطورة عن مهنة ومهمة الطبيب الجراح، إن لم تكن تفوقها في بعض الفروض.

(2) ميشيل ني، المرجع السابق، ص300.

(3) ميشيل ني، المرجع السابق، ص300.

(4) نقض مدني فرنسي، في 27 مايس (مايو) 1970، J.C.P 1970، ص191.

ولكن إذا كان لطبيب التخدير اختصاصه وفنه المستقل الذي يمارسه خارج نطاق الجراحة بالمعنى الدقيق وأن نشاط كل من التخصصين منفصل عن الآخر كما يقول القضاء الفرنسي، فما هي الوسائل المقتضية التي تربط طبيب التخدير بالمريض، لأن الطبيب الجراح هو الذي يتعاقد مع المريض وهو الذي يختار طبيب التخدير والمساعدين الآخرين في أغلب الفروض. فهل يمكن الاعتماد على التعاقد الضمني أو الصريح أو غير ذلك؟

في الحقيقة هناك وسيلتان يمارس طبيب التخدير عمله بموجبهما في علاقته بالمريض، الأولى - وهي التعاقد مباشرة مع المريض؛ فالمريض قد ينشئ علاقة تعاقدية مباشرة مع طبيب التخدير، وإن كانت هذه العلاقة نادرة الوقوع في التطبيق العملي، ولكنها قد تقع أحياناً، فالمريض له الحق أن يختار من يشترك مع الطبيب الجراح في إجراء العمليات الأخرى غير العملية الجراحية الأصلية مثل التخدير أو التجميل، وفي حالة حضور العلاقة التعاقدية المباشرة بين المريض وطبيب التخدير تتراجع اعتبارات أن الطبيب عضو في الفريق الطبي أو أنه يعمل لدى المستشفى، حيث تتحدد مسؤوليته بمقتضى العقد الذي أبرمه مع المريض وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض الفرنسية بانتفاء مسؤولية الجراح عن خطأ طبيب التخدير إذا ارتبط الأخير بعقد مع المريض[1].

والعلاقة التعاقدية قد تكون صريحة كأن يبرم عقد صريح بين طبيب التخدير والمريض، وقد تكون هذه العلاقة ضمنية، وقد وضعت بعض الأحكام الفرنسية قرائن على توافر العقد الضمني أو غيابه، ومن هذه القرائن أنه لا يوجد عقد ضمني بين المريض وطبيب التخدير إذا لم يقم الأخير بفحص الأول شخصياً قبل إجراء العملية الجراحية. وفي حالة عدم قيامه بهذا الفحص فإن طبيب التخدير يجهل الخصائص العضوية والمرضية للمريض، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون بمنأى عن الاستقلال فيما يتعلق باختصاصه وهو تخدير المريض، وبالتالي يكون خاضعاً في عمله لسلطة وأوامر وتعليمات الطبيب الجراح الذي استقل بفحص المريض ومعرفة الخصائص العضوية والمرضية للمريض، ففي هذه الحالة يكون الطبيب الجراح هو الذي تمتع بثقة المريض وهو ملزم بمقتضى هذه الثقة أن يقوم بالعناية اليقظة المطابقة لمعطيات الفن الطبي، وبالتالي فإنه مسؤول عن أخطاء الأشخاص الذين أوكل إليهم بعض الأعمال مثل طبيب

(1) نقض فرنسي، في 27 مايس (مياو) 1970، مجلة الأسبوع القانوني، 1971، 2 ـ 16833.

التخدير[1]. أما إذا قام طبيب التخدير بفحص المريض قبل إجراء العملية الجراحية، فإن هذا الفحص يعتبر تعاقداً ضمنياً[2].

وهناك حالات لا مجال فيها للشك في وجود التعاقد الضمني بين المريض وطبيب التخدير، فقد ينقل طبيب التخدير المريض إلى عيادته أو غرفته ويقوم بفحصه في اليوم السابق من إجراء العملية الجراحية بحيث تقوم الثقة المباشرة بينهما، وقد يناقش معه أسلوب التخدير، ثم يتابع حالته أثناء العملية، ثم عقب إجرائها، خارج صالة العمليات، ومن خلال هذه المظاهر المتعددة قد يستنبط القاضي العلاقة التعاقدية المباشرة ويرتب على تلك المظاهر، مسؤولية طبيب التخدير بشكل مستقل عن مسؤولية الطبيب الجراح[3].

ويلاحظ أن القرائن التي تقوم بها بعض الأحكام الفرنسية لا يمكن الاعتماد عليها، لأنه قد يقوم طبيب التخدير بفحص المريض قبل إجراء العملية الجراحية رغم غياب العلاقة التعاقدية المباشرة بينه وبين المريض، كما هو الحال في العراق، فإن المريض يخضع للفحص من قِبَل أطباء المستشفى الذي تجري فيه العملية الجراحية لمجرد أن الطبيب الجراح أو المستشفى الخاص أو العام، قد قام باختيار طبيب التخدير، من غير أن يقصد الطبيب الجراح أو طبيب التخدير أو المستشفى أنهم يكونون مسؤولين تعاقدياً تجاه هذا المريض.

وكذلك الحال فإن عدم قيام طبيب التخدير بفحص المريض قبل إجراء العملية الجراحية لا يعد دليلاً على غياب العلاقة التعاقدية المباشرة أو الضمنية، فقد يتعاقد طبيب التخدير مع المريض ويبرما عقداً صريحاً ومباشراً ولكن يتقاعس طبيب التخدير ولا يقوم بإجراء الفحص على المريض قبل إجراء العملية، بل يباشر عملية التخدير دون فحص أولي، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن قيام طبيب التخدير بفحص المريض هو من الالتزامات التي تضعها مهنة الطب على كاهله، فهل إن القيام بالواجب أو عدم القيام به يعد دليلاً على وجود العقد أو عدم وجوده؟ فإذا كان الجواب بالإيجاب، فكيف يكون ذلك؟ وحسب تصوري إن مثل هذا التصور لم يقل به أحد سوى بعض الأحكام الفرنسية القليلة؛ وقد سبق أن أشرت إلى أن التعاقد في المسائل الطبية يتحتم أن يكون صريحاً وواضحاً لما يترتب عليه من نتائج خطيرة ولا محل لما يسمى بالتعاقد الضمني لأن التقاء إرادتي طبيب التخدير والمريض يقتضي وقوعهما على محل معين ولا

(1) نقض فرنسي، 18 تشرين الأول (اكتوبر) 1960، J.C.P 1960، 2 ـ 11846.
(2) ميشيل ني، المرجع السابق، ص328.
(3) د. محمد عادل عبدالرحمن، المصدر السابق، ص306.

يتصور رضاء الطبيب أو المريض بأمر لا يعرف عنه شيء؛ وعلى كل حال فإن الأمر يخضع للقواعد العامة في نظرية العقد، بمعنى أن يكون هناك التقاء إرادتي طبيب التخدير والمريض على قيام الأول بممارسة اختصاصه وإجراء عملية تخدير للثاني.

أما الوسيلة الثانية فهي الاشتراط لمصلحة الغير، فهل من الممكن تحقيق المسؤولية التعاقدية عن طريق فكرة الاشتراط لمصلحة الغير؟ هل يمكن القول إن الطبيب الجراح حينما يختار أعضاء الفريق الطبي وبضمنهم طبيب التخدير أنه يبرم عقداً معهم من أجل المريض المستفيد وبعبارة أخرى أدق أن الطبيب الجراح يشترط لمصلحة مريضه المستفيد[1]؛ فالطبيب الجراح يتعهد بأن يقدم لمريضه العناية اليقظة الواجبة وهو عندما يرتبط مع أي من الأطباء المنضوين تحت لواء الفريق الطبي يشترط لمصلحة الطبيب الذي يرتبط وإياه بعلاقة عقدية تتضمن نفس العناية اليقظة، بحيث يكون الطبيب المتعاقد مع الطبيب الجراح مستفيداً من فكرة الاشتراط لمصلحة الغير دائناً لجميع أعضاء الفريق الطبي الذي ارتبط معهم الجراح، أما رضا المريض فإنه يكون قبولاً ضمنياً على أساس أن التعاقد الرئيس مع الطبيب الجراح قد تضمن مسبقاً قبول الاستفادة من الاشتراط لمصلحته[2].

ولكن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير رغم طرحها من قِبَل بعض الفقهاء الفرنسيين محل نظر، لأنه من الصعوبة بمكان القول أن إرادة المتعاقدين الطبيب الجراح وطبيب التخدير قد اتجهتا إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد (المريض)، فضلاً عن أن القضاء الفرنسي لم يشر إلى هذه الفكرة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، إن فكرة الاشتراط التي طرحها جانب من الفقه الفرنسي مخالفة لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير لأن القبول يكون لاحقاً على عقد الاشتراط وليس سابقاً عليه، كما يقول المتبني لهذه الفكرة[3]؛ ونضيف من جانبنا إلى أن هذه الفكرة المطروحة تعتمد على التعاقد الضمني، وقد سبق وأن أشرنا إلى أنه لا محل لما يسمى بالتعاقد الضمني في المسائل الطبية لأن يترتب عليه نتائج خطيرة.

ونخلص إلى أن أكثر الأحكام القضائية الفرنسية تؤكد المسؤولية المستقلة لطبيب التخدير، فهو مسؤول عن أعمال تدخل في منطقة نشاطه وفي صميم تخصصه ومهنته وتنفصل بطبيعتها عن منطقة نشاط عمل الجراحين لذلك تثور مسؤولية طبيب التخدير عمّا يقترفه من أخطاء بمفرده دون الطبيب الجراح.

---

(1) د. محمد عادل عبدالرحمن، المصدر السابق، ص309.

(2) سافاتيه، تطور مسؤولية طبيب التخدير، المصدر السابق، ص59.

(3) د. محمد عادل عبدالرحمن، المصدر السابق، ص310.

نطاق المسؤولية المستقلة لطبيب التخدير:

سبق أن أشرنا إلى أن مسؤولية طبيب التخدير تنفصل عن مسؤولية الطبيب الجراح، وقد دعم استقلال مسؤولية طبيب التخدير صدور قانون تنظيم مهنة الطب في فرنسا وهو قانون 28 حزيران (يونيو) لعام 1979، حيث نصت المادة التاسعة والخمسون منه على أنه: ((عندما يتعاون فريق من الأطباء في فحص مريض وعلاجه، فإن كلاً منهم يتحمل مسؤوليته الشخصية، وهي الحال، على سبيل المثال بالنسبة للفريق الذي يتكون من الجراح والأطباء الذين يستعين بهم)). ويتبين من هذا النص أن مسؤولية أي من الأطباء المنضوين تحت لواء الفريق الطبي وبضمنه طبيب التخدير هي مسؤولية منفصلة عن مسؤولية المتعاقد الرئيس الطبيب الجراح وهي مسؤولية عن الخطأ الشخصي في معظم الحالات.

ويلاحظ أنه رغم تأكد استقلال مسؤولية طبيب التخدير في معظم القرارات القضائية والنص عليها بمقتضى قانون تنظيم مهنة الطب الفرنسي، فإن عمل الأطباء المنضوين تحت ما يسمى بالفريق الطبي يعتمد في أساسه على مفهوم التآزر وتجميع الهمم وشحذ الطاقات العلمية من أجل التعاون على تخليص المريض من الداء أو العلة التي أصابته، لأن هدف جميع الأطباء المتعاونين واحد هو العناية بالمريض وعلاجه والوصول به إلى بر الشفاء.

لذلك ينبغي تحديد دائرة مسؤولية كل من طبيب التخدير، والطبيب الجراح، فإذا كان الخطأ قد وقع في منطقة نشاط طبيب التخدير فهو المسؤول الوحيد عما اقترفه من خطأ في دائرة اختصاصه، أما إذا كان الخطأ قد وقع في مجال نشاط الطبيب الجراح فهو المسؤول الوحيد عما ارتكبه من فعل خاطئ في إطار اختصاصه. وقد يسأل الطبيبان (طبيب التخدير والجراح) كل بقدر ما اقترفه من فعل خاطئ إذا تعددت الأخطاء في جانب كل منهما. ولذلك يجب التمييز بين الأخطاء المتعددة والمختلفة التي يقترفها أعضاء الفريق الطبي، لأن عمل كل طبيب يكون منفصلاً عن عمل الطبيب الآخر، فالعمل الجراحي منفصل عن العمل التخديري، والعمل التخديري، منفصل عن العمل المختبري، وهكذا؛ ورغم أن هدف الفريق الطبي واحد ويتجه إلى هدف واحد إلا أن الأعمال الطبية مستقلة ومتميزة من الناحية الفنية ومن ناحية الاختصاص، وهذا التميز وذلك الاستقلال يفرض تعيين وتحديد المسؤولية الشخصية لكل طبيب من أعضاء الفريق المتعاون على إجراء العلاج للمريض. وبهذه

الصورة يمكن تحديد دائرة المسؤولية الشخصية لطبيب التخدير المنفصلة عن دائرة مسؤولية الطبيب الجراح[1].

ومن الأعمال الطبية التي يستقل فيه طبيب التخدير والمستقاة من واقع التطبيق العملي والتي تترتب عليها مسؤوليته دون الجراح هي: أولاً ـ الفحص السابق على إجراء العملية الجراحية. ثانياً ـ التزامات طبيب التخدير أثناء إجراء العملية الجراحية، ثالثاً ـ التزامات طبيب التخدير عقب إجراء العلمية الجراحية.

أولاً: الفحص السابق على إجراء العملية الجراحية

تضع أصول مهنة الطب التزاماً أساسياً على كاهل طبيب التخدير وهو الفحص المسبق على إجراء العملية الجراحية لأن مثل هذا الفحص يحدد حالة المريض من حيث استعداده الذاتي فيما إذا كان يتحمل المخدر أم لا يتحمله حتى يتسنى له أن يلم بحالة المريض، من حيث الحساسية وفيما إذا كانت هنالك وقت يحول دون العجلة في إجراء العملية الجراحية أو تقتضي احتياطات خاصة، وينبغي أن يتم ذلك الفحص قبل العملية بوقت كافٍ من أجل اتخاذ ما يلزم من تحليل أو استشارات طبية واستخلاص النتائج اللازمة، ويتحتم على طبيب التخدير أن يقوم بإجراء الفحص بنفسه، ولا يفيده أنه اعتمد على تقرير الطبيب الجراح، وبشكل يتفق مع الأصول الطبية بما تتطلبه من جدية ودقة في العمل الطبي؛ وعلى هذا الأساس قضت محكمة نيس بأنه ((يعد مخطئاً طبيب التخدير الذي لم يقم بفحص المريض بنفسه، وتجب مساءلته حيث يتعين عليه أن يجري قبل إجراء العملية الجراحية الفحوصات اللازمة، خصوصاً الكشف الشامل على المريض، وإذا ثبت أن الطبيب اكتفى صباح يوم إجراء العملية بالسؤال عن سن المريض دون إجراء أي فحص مكتفياً بالملاحظة الظاهرية وأسند إلى الممرضة اتخاذ اللازم دون أن يكلف نفسه وينتقل إلى جوار المريض ويستعلم عن حالته ويتحقق من ردود فعله إزاء المخدر.. فإنه يكون قد اقترف خطأً يستوجب المسؤولية. لذلك يتحتم على طبيب التخدير أن يتحقق من رضى المريض وحالته العصبية وأن يهيئ المريض نفسياً لتقبل العملية الجراحية، واختيار نوع المخدر الملائم للحالة المرضية وسجله الصحي وتحضير الأدوية والإسعافات الملائمة لحالته الصحية؛ وعلى طبيب التخدير أن يلاحظ هل إن العملية الجراحية تتطلب التخدير الكامل أم التخدير الموضعي، ذلك أن التخدير التام يتطلب عناية أشد من التخدير الموضعي، لأن المخاطر المترتبة عليه أكثر

(1) كورنبروبست، مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ص737؛ لافوجيز Lavogez مقال عن التخدير منشور في الـ Med ـ Conc 1973، ص5696.

من المخاطر الناجمة عن التخدير الموضعي، ولذلك فإن التخدير التام يتطلب تحليلاً مختبرياً للدم وللبول وتحليلاً لليوريا وتحليلاً للكولسترول ويتطلب كذلك إجراء تخطيط للقلب))[1].

ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى أن اختيار نوع المخدر من المسائل الفنية البحتة التي تعتمد على معرفة الطبيب وتقديره بحسب ما يتفق وحالة المريض وتتدخل فيه اعتبارات طبية وفنية وصحية وعلمية والطبيب أعلم بهذه الأمور من غيره وأنه لا يمكن للقضاء التعرض لهذا البحث والخوض فيه في المفاضلة بين التخدير العام والتخدير الموضعي[2]. فإذا كان الأصل أن التدخل الجراحي البسيط المحدود الأهمية والخطورة يقتضي الاكتفاء بالتخدير الموضعي إلا أن لطبيب التخدير أن يقدر تقديراً مغايراً وذلك بأن يلجأ إلى التخدير الكلي إذا رأى من الناحية الفنية والطبية والصحية أن التخدير التام هو الملائم بالنسبة لحالة المريض؛ وعلى هذا الأساس قضت محكمة استئناف مصر بـ: ((أن اختيار طريقة التخدير من المسائل الفنية البحتة التي تخضع لاختيار الطبيب وتقديره مما يخرج عن رقابة القضاء خاصة وأن التخدير الكلي له مخاطره وأن ما حدث للمريضة قد يحدث رغم اتخاذ الاحتياطات الكافية وبغير إهمال من الطبيب[3]. بيد أن حرية اختيار طبيب التخدير لنوع التخدير غير مطلقة، وإنما محدودة بحدود مفادها أن يلتزم بالمسائل المستقرة والمعروفة التي لا تنطوي على نتائج ومخاطر غير عادية))[4].

وقد يتفق المريض مع طبيب التخدير، في بعض الفروض، على استخدام أسلوب معين للتخدير، ففي مثل هذه الحالة ينبغي على طبيب التخدير أن يلتزم بهذا الاتفاق، ويحترم اختيار المريض، إذا كان هذا الاختيار يتفق مع الأصول الصحية والعلمية ومقبولاً من الناحية الطبية، أما إذا لم يكن مقبولاً علمياً وطبياً فلا وجه لهذا الالتزام[5].

ويجب على طبيب التخدير أن يعطي المريض مصل التخدير الملائم لحالة المريض الصحية، وهو مسؤول عما يقترفه من خطأ أو إهمال، مسؤولية شخصية، وانطلاقاً من هذه الفكرة قضت محكمة استئناف نيس Nice في قضية تتلخص وقائعها في أن

---

(1) كورنبرويست، مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ص732.

(2) د. احمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص، المصدر السابق، ف65 ص129؛ نفس المعنى د. محمد عادل عبدالرحمن، المصدر السابق، ص316.

(3) محكمة استئناف مصر، في 7 شباط (فبراير) 1939، المحاماة س19، ع7، ص270.

(4) كورنبرويست، مسؤولية الطبيب، ص728.

(5) د. محمد عادل عبدالرحمن، المصدر السابق، ص317.

سيدة أدخلت إلى إحدى المستشفيات لغرض إجراء عملية جراحية لها، وفي نفس اليوم المحدد لإجراء العملية تم وضع المريضة على مائدة العمليات بمعرفة طبيب تخدير مؤهل ومتخصص شرع في إعطائها حقنة سانتوتال بقصد تخديرها بصفة كلية وقد حاول طبيب التخدير أن يبحث عن أحد الأوردة لإجراء حقنة المخدر، وفي بداية ذلك شعرت المريضة بآلام حادة أدت إلى صراخها على نحو لافت وحاد إلى درجة أن الجراح الذي كان يتأهب في غرفة مجاورة لأداء عمله الجراحي أرسل إحدى ممرضاته للاستعلام عن الأمر؛ ورغم هذا الصراخ والآلام استمر طبيب التخدير في عملية الحقن التي تبين فيما بعد أنه أجراها خارج الوريد واستمر في إجرائها رغم الآلام الحادة، وقد خدرت المريضة رغم ذلك، ولكن تخديرها - حسبما لاحظ الجراح - لم يكن كافياً؛ وقد أصيبت المريضة بأضرار نتيجة لهذا الخطأ فرفعت دعوى ضد طبيب التخدير، وقد قضت محكمة نيس بأنه: بالرغم من أن الخطأ في مكان إعطاء حقنة التخدير يعد أمراً وارداً إلا أنه كان يتعين على طبيب التخدير أن يستجيب لعلامات الإنذار التي ظهرت على المريضة ومنها الآلام غير العادية التي شعرت بها وصراخها المستمر؛ فرغم أن الخلط بين الوريد وغيره لا يعد خطأ جسيماً من الناحية المهنية إلا أن آثاره الخطيرة معروفة لديه كطبيب، وأنه في استمراره في الحقن رغم آلام وصراخ المريضة التي أقلقت الجراح في الغرفة المجاورة، كانت تقتضي منه التوقف عن الاستمرار.. أما وأنه لم يفعل فإنه يكون قد ارتكب إهمالاً ورعونة تتحقق بها مسؤوليته[1].

ثانياً: التزامات طبيب التخدير أثناء إجراء العملية الجراحية

تضع أصول مهنة الطب على كاهل طبيب التخدير عدة واجبات، فعليه أن يكون يقظاً أثناء سير العملية الجراحية بحيث تتهيأ للجراح راحة البال عند مزاولته لفنه الجراحي، وذلك بملاحظته تأثير التخدير في المريض بشكل مستمر ويقظ طوال الوقت الذي تستغرقه الجراحة، وعليه ملاحظة حالة أعضاء المريض وأنها في وعيها الصحيح الذي لا تنجم عنه المخاطر الصحية بعد صحوته، وعليه أن يلاحظ وضع المريض فوق مائدة العملية الجراحية وأنه في وضع سليم ولا يمكن وقوعه من فوق المنضدة، ومن الالتزامات المهمة التي تقع على عاتق طبيب التخدير ملاحظة حالة ضربات قلب المريض وتنفسه طوال وقت الجراحة؛ وأساس تلك الالتزامات والواجبات السابقة هو أن عملية التخدير رغم تطورها تنطوي على مخاطر جمة تضر بصحة

---

(1) محكمة استئناف نيس Nice، في 9 مايس (مايو) 1961 أشار إليه د. محمد عادل عبدالرحمن، المصدر السابق، ص319.

المريض إن لم تكن تفضي إلى وفاته؛ وحيث إن عملية التخدير من العمليات المعقدة لذلك نسمع أن وفيات عديدة تحدث خلال إجراء عمليات جراحية بسيطة ومحدودة الخطر مثل عمليات إزالة كيس دهني أو عملية تعديل انحراف في الحاجز الأنفي أو استئصال اللوزة أو استئصال الزائدة الدودية بحيث يمكن القول أن مخاطر التخدير لا تتناسب مع ضآلة مخاطر تلك العمليات الجراحية البسيطة[1].

وطبيعي أنه لا يمكن مساءلة طبيب التخدير إلا عن الخطأ المحدد الذي يرتب مسؤوليته، لذلك فإنه يجب على طبيب التخدير أن يسأل المريض عن حالة الفم والأسنان وفيما إذا كانت توجد تركيبات صناعية متحركة في الفم مثل الأسنان الصناعية، وهو مسؤول ـ دون الجراح ـ عن أي حادث يترتب على إهماله في هذا الخصوص، لأن ما يحدث في هذه الحالة هو نتيجة مباشرة لجهاز التخدير ونتيجة مباشرة لاسترخاء عضلات المريض وردود فعله بسبب التخدير[2].

وقد اختلفت وتضاربت أحكام المحاكم الفرنسية في هذا الصدد باختلاف ظروف كل قضية. فقد قضت محكمة استئناف أكس بأنه: ((ليس من العدل أن يتحمل طبيب التخدير المخاطر كافة ما دام قد أدى واجبه في حدود الحيطة والالتزام المقتضيين فكل تدخل علاجي ينطوي على مخاطر تدخل لا يمكن توقعها أو تفاديها ولا يمكن أن نلقي على كاهل طبيب التخدير مسؤوليتها خاصة إذا لم يسند إليه أي خطأ مهني ولو يسير))[3].

بيد أن القضاء الفرنسي يتشدد، في بعض الحالات، مع طبيب التخدير فيما يتعلق بحوادث انفجار غاز التخدير وينجم عن حالات الانفجار هذه أضرار كبيرة بالمريض وقد تودي في بعض الحالات بحياته، وقد رتب هذا القضاء مسؤولية طبيب التخدير عن حدوث انفجار غاز التخدير ولكنه اختلف في أساس هذه المسؤولية. فمن المحاكم ما تتلمس المبررات والأعذار وتحاول دفع المسؤولية عن طبيب التخدير على أساس أنه لم يتوافر خطؤه وبالتالي فلا مسؤولية عن انفجار غاز التخدير وعلى هذا الأساس قضت محكمة باريس بـ: ((أن مخاطر الانفجار في حالة التخدير هي مخاطر محتملة دائماً في ضوء التطور العلمي الحالي، وأن كل تخدير يتضمن بالضرورة،

(1) فردييه Verdier مقال عن المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، منشور في conc.med 1960، ص8733. نفس المعنى د. محمد أبو العلا عقيدة المسؤولية الجنائية للأطباء، المصدر السابق، ص267.

(2) كونبرويست، مسؤولية الطبيب، المصدر السابق، ص804.

(3) محكمة استئناف إكس، في 14 شباط (فبراير) 1950، دالوز 1950، ص322.

احتمال حدوث حالة وفاة وعلى هذا الأساس فإن حدوث الانفجار لا يعني بالضرورة خطأ في جانب الطبيب))[1].

ومن المحاكم ما تقرر مسؤولية الطبيب دون أن تخلق الحجج والتبريرات لدفع مسؤوليته، فقد قضت محكمة السين بـ: ((في نطاق التشديد على التزام طبيب التخدير باليقظة على أساس أن الطبيب حين يتعاقد مع المريض فإنه لا يلتزم اتجاهه بتحقيق غاية بل مجرد التزام ببذل عناية، وهو يسأل في هذا الشأن عن خطئه حتى ولو كان خطؤه يسيراً، وعلى هذا الأساس فإن الطبيب يلتزم باتخاذ الحد الأقصى من الاحتياطات الخاصة برعاية المريض آخذاً في الاعتبار حالة التقدم العلمي والفني وصولاً إلى الحفاظ على رعاية صحة المريض وحياته وأياً كانت تبريرات طبيب التخدير في سبب حدوث الانفجار فإنه يكفي لانعقاد مسؤوليته أنه لم يتخذ الحد الأقصى من الاحتياطات الممكنة للحفاظ على حياة مريضه، والثابت أن الطبيب لم يسارع في إبعاد أنبوبة غاز التخدير بعد أن أصبح وجودها غير لازم))[2].

وبعد مرور عام على صدور هذا القرار قضت نفس هذه المحكمة ـ وكانت أكثر شدة وصرامة بـ: ((أن الفريق الطبي، وبضمنه طبيب التخدير يتحمل تجاه المريض التزاماً بضمان السلامة يقتضي فضلاً عن بذل العناية لشفاء المريض التزاماً بأن لا يتسبب له في حدوث أضرار تضاف إلى مرضه الأصلي ومنقطعة الصلة به))[3].

ثالثاً: التزامات طبيب التخدير عقب إجراء العملية الجراحية

تقع على عاتق طبيب التخدير التزامات أساسية وجوهرية بعد إكمال العملية الجراحية، ومنها كفاية ملاحظته للمريض بعد إتمام العملية الجراحية، إذ يتعين على هذا الاختصاصي رعاية المريض وملاحظته واستيقاظه، إذ أن استيقاظ المريض من أثر المخدر من المهام الأساسية لهذا الطبيب، فهو وحده المختص في تخدير المرض وفي إعادته إلى حالة الاستيقاظ، وطبيب التخدير في هذا الإطار هو الكادر الطبي الوحيد المؤهل والقادر على تنفيذ الإسعافات الأولية المباشرة والعاجلة، ولذلك يتحتم عليه أن يكون موجوداً بجانب المريض طول غيبوبته بفعل المخدر، فهو يسأل إذا توقف تنفس المريض ولم يفق من التخدير، ويسأل أيضاً عن وفاة المريض نتيجة تركه قبل الإفاقة دون اتصال مع الممرضة المشرفة، وأن الطبيب الجراح في استعانته بطبيب مؤهل ومتخصص في عملية التخدير والإفاقة غير مسؤول عن هذا العمل الذي يقع ضمن

(1) محكمة باريس، في 17 مايس (مايو) 1962، جازيت دي باليه 1962، 2 ـ 173.
(2) محكمة السين في 8 كانون الثاني (يناير) 1964، جازيت دي باليه، 1964، ص166.
(3) محكمة السين في 3 آذار (مارس) 1965، J.C.P 1966، 2 ـ 14582.

منطقة نشاط طبيب التخدير؛ وعلى هذا الأساس قضت محكمة أكس بـ: ((أن مهمة طبيب التخدير هي أن يمارس تخدير المريض لكي يهيئ للجراح راحة البال في مزاولة فن الجراحة وأن يلاحظ أثناء ذلك حالة المريض وأن يتولى إفاقته بعد إتمام الجراحة وهو بهذا يتحمل التزاماً رئيساً في إفاقة المريض وإعادته إلى كامل وعيه وأن يستعمل من أجل هذه المهمة كل وسائل الإفاقة الضرورية وأن الطبيب الجراح عند لجوئه إلى طبيب مؤهل ومتخصص في فن التخدير والإفاقة غير مسؤول عن هذا العمل))[1].

وقضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية الطبيب الجراح لقيامه بتخدير المريض دون الاستعانة بطبيب التخدير، ثم ترك الأمر بعد الجراحة للممرضة[2]. وانطلاقاً من نفس الفكرة السابقة قضت محكمة النقض الفرنسية بـ: ((أن عمل مساعدة الطبيبة المشرفة على إفاقة المريض بعد إكمال العملية الجراحية لا يعفي طبيب التخدير (طبيب الإفاقة) من المسؤولية حيث يلتزم بمصاحبة المريض إلى حين عودته إلى وعيه فهو الذي يلم بحالة المريض وهو الأقدر على معرفة علامات الخطر الحقيقية التي تصيبه دون الممرضة لأنه يصعب عليها معرفة طبيعة ومدى خطورة ما قد يحدث للمريض وخاصة إذا كان به ما يستدعي التخوف))[3].

وقضت بأن الجراح غير ملزم بالتدخل فيما يدخل في اختصاص طبيب التخدير[4]. ويتضح مما تقدم أن المريض يظل تحت الرعاية حتى يقظته التامة وأن تتم الرعاية من قِبَل طبيب التخدير الذي يكون جاهزاً للتدخل في أية لحظة حتى تنتهي مرحلة الخطر، وإن كان هذا لا ينفي أن يعهد الطبيب بذلك إلى ممرضين متخصصين إذا سمحت حالة المريض بذلك، وعلى شرط أن يراعي من وقت لآخر تطور تلك الحالة وأن يعطي لهم الإرشادات والتعليمات اللازمة والتي تضمن تدخله في أية لحظة إذا ما حدث أي تطور في وضع المريض[5].

غير أن اعتياد أطباء التخدير على ترك المريض بعد إجراء العملية الجراحية والطلب من الممرضين المتخصصين ملاحظته والإشراف على حالته لا يعفيهم من المسؤولية، لأن وجود عادة معينة بين الأطباء ليس من شأنه أن يسلب السلطة التقديرية المطلقة للقضاء في الأخذ بهذه العادة أو طرحها وعدم الالتفات إليها، بل يظل للقضاء

(1) محكمة إكس في 26 تشرين الثاني (نوفمبر) 1969، med ـ Press 1970، ص134.

(2) نقض فرنسي، في تشرين الثاني (نوفمبر) 1978، جازيت دي باليه 1978، 1 ـ 233.

(3) نقض مدني فرنسي، في 10 حزيران (يونيو) 1980، جازيت دي باليه 1980، 2 ملخص 538.

(4) نقض فرنسي، في 24 تشرين الأول (أكتوبر) 1983، دالوز 1984، ص149.

(5) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المصدر السابق، ص65.

حقه في أن يقرر أن تلك العادة مخالفة لما توجبه الحيطة وأن اتباعها ينطوي على الإهمال[1].

وتظل المحكمة محتفظة بسلطتها التقديرية هذه حتى لو كانت هذه العادة شائعة ومحل إجماع بين جميع الأطباء والجراحين على مختلف اختصاصاتهم ومهنهم، إذ تستطيع المحاكم عدم الأخذ بهذه العادة إذا كانت تصطدم بمقتضيات قواعد الحيطة والحذر والتعقل[2]. إذن لا يجوز لطبيب التخدير أن يترك المريض ما دام تحت تأثير المخدر ويعد مسؤولاً إن لم يتخذ الاحتياطات لمراقبة إفاقته، لأن المريض وهو يفقد وعيه تحت تأثير عملية التخدير، يعتبر أنه قد عهد بنفسه إلى عناية هذا الطبيب الذي يتحتم أن يراعي مصلحته بأقصى ما يمكن من العناية، إذ يقع على كاهله التزام بأن يلاحظ المرض بنفسه طالما أنه لم يزل غائباً عن الوعي ولم يفق من تأثير المخدر، إذ يصبح بسبب عدم إدراكه وفقدان وعيه تحت إشرافه ومراقبته وحده ومن ثم تحت مسؤوليته هو دون الطبيب الجراح[3].

ويبدو أن تقدير مسؤولية طبيب التخدير من قِبَل القضاء يقتضي الغوص في مسائل فنية بحتة، فلا ريب أن القضاء عليه أن يخطو خطوة دون خبرة الخبراء من المتخصصين وأعلام المهنة، لذلك تعمد المحاكم في فرنسا إلى إحالة الدعاوى التي ترفع على أطباء التخدير إلى خبراء طبيين لتحديد مدى تقصير طبيب التخدير في إنجاز عمله في إفاقة مريضه[4].

ويلاحظ من واقع القضية والمحاكم ومن تقرير الخبراء أن إفاقة أو إيقاظ المريض من تأثير المخدر والتي تبرأ فيها ذمة طبيب التخدير وبالتالي تنتفي فيها مسؤوليته تتحدد بالعلامات الظاهرية الآتية:

1- حركة عضلات البلعوم بحيث تعود إلى حالتها الطبيعية.
2- حركة أعضاء الجسم.
3- رد فعل الجسم إزاء وخز الجلد بآلة مدببة أو شائكة.
4- استجابة المريض لنداء وحديث الآخرين على نحو واضح.
5- عودة الجهاز التنفسي إلى حالته الطبيعية[5].

---

(1) د. الأبراشي، المصدر السابق، ص336.
(2) استاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المصدر السابق، ف73، ص44.
(3) د. الأبراشي، المصدر السابق، ص335ـ 337.
(4) د. الأبراشي، المصدر السابق، ص341؛ قارن د. محمد عادل عبدالرحمن، المصدر السابق، ص331.
(5) د. محمد عادل عبدالرحمن، المصدر السابق، ص331.

وينبغي أن يتأكد طبيب التخدير من جميع الظواهر السابقة ولا يعفيه من المسؤولية أن يتحقق من بعضها دون البعض الآخر، وعلى هذا الأساس فقد قضت محكمة تولوز بمسؤولية طبيب التخدير عن قصوره في إفاقة المريض رغم أنه تحقق من ثلاثة مظاهر اليقظة دون المظهرين الآخرين(1).

وانطلاقاً من نفس الفكرة السابقة قضت محكمة باريس بمسؤولية طبيب التخدير الذي ترك المريض بعد أن لاحظ رد فعله إزاء وخز الجلد باعتبار أن هذا التحقق غير كامل وقاصر عن الوفاء بالرعاية الواجبة حيث لم يتحقق طبيب التخدير إلا من مظهر واحد فقط دون المظاهر الأخرى، وقد جاء في هذا الحكم: إن مشاهدة الطفل المريض الذي كان في حالة غيبوبة بفعل المخدر لم تتم بطريقة صحيحة وأن طبيب التخدير الذي يقع على كاهله ملاحظة الطفل المريض بعد إجراء العملية الجراحية لم يقم بواجبه بعد خروج الطفل المريض من غرفة العمليات حتى تم استدعاؤه في وقت كان الطفل في حالة وفاة ظاهرة. وأن غياب الملاحظة الواجبة على طبيب التخدير بمفرده.. وأن وفاة هذا المريض كانت نتيجة لإهمال واضح من جانب طبيب التخدير في ملاحظة الطفل المريض حتى استيقاظه من التخدير بشكل تام؛ وهذه الملاحظة لم تتم من جانب طبيب التخدير، ولم يمارس هو شخصياً واجب الملاحظة حتى اليقظة الحقيقية، وأنه اعترف بأنه لم يصطحب المريض حتى وصوله إلى سرير غرفته، حيث تم وضعه في وضع غير صحي حيث تم وضعه نائماً على ظهره، في حين كان يتحتم أن يوضع نائماً على جانبه، وقد دفع طبيب التخدير مسؤوليته بالقول أنه لم يترك المريض إلا بعد التحقق من ردود فعله إزاء وخز الجلد بواسطة إبرة وهو دليل على أن الإفاقة قد تمت، ولكن المحكمة ردت على هذا الدفاع بأن هذه الإفاقة مبتورة وقاصرة ولا تعتبر دليلاً على أن الإفاقة الحقيقية والكاملة للمريض قد تمت، ولو أن طبيب التخدير قد ظل إلى جانب مريضه وقتاً كافياً لكان قد لاحظ مظاهر الخطر وسارع إلى التدخل بفرص كافية للنجاح، وأنه لا يكفي أن يدع طبيب التخدير أنه اطمأن على أخبار مريضه بل يتحتم عليه وبالضرورة البقاء إلى جواره حتى إفاقته بشكل كامل وحقيقي(2).

نخلص مما ذكرناه من أفكار وأقضية المحاكم إلى أن مسؤولية طبيب التخدير تستقل بمنطقة نشاط خاصة بها وأن طبيعة نشاط طبيب التخدير تقتضي الخبرة

(1) محكمة تولوز، في 16 كانون الثاني (يناير) 1976، أشار إليه د. محمد عادل عبدالرحمن، المصادر السابق، ص331.

(2) محكمة باريس، في 1 تموز (يوليو) 1971، جازيت دي باليه 1972، 1 ـ 53.

والتخصص ودراية بطبيعة فن التخدير مما يفضي إلى استقلاله في القيام بفنه ومهنته، وأن هذه المهنة أو ذلك الفن الخاصة بعملية التخدير جعلت لطبيب التخدير منطقة نشاط مستقلة ومنفصلة عن منطقة نشاط الطبيب الجراح، ونتيجة لاستقلال فن وتخصص طبيب التخدير فقد استقلت مسؤوليته عن مسؤولية الطبيب الجراح وبالتالي فإنه لا يسأل الطبيب الجراح عن الأخطاء المستقلة لطبيب التخدير ولا يسأل طبيب التخدير عن الأخطاء الواقعة في منطقة نشاط الجراح؛ فكما أن طبيب التخدير له نطاق عمل خاص به وهو منطقة العمل التخديري، فكذلك يكون للجراح نطاق عمل يستقل فيه بمنطقة نشاط يسأل فيها بدوره وحده، وهي منطقة العمل الجراحي، وينطوي عمل الجراح على مخاطر كامنة في منطقة نشاطه ولا تنعقد مسؤوليته إلا بعد إقامة الدليل على إهمال محدد وقع في منطقة نشاطه، ويتحتم على الطبيب الجراح قبل إجراء العملية الجراحية أن يأخذ في الحسبان جميع الاحتياطات اللازمة وأن يدقق في الملف الصحي للمريض وأن يلم بتاريخه المرضي وأن يحرص بنفسه على أن المريض قد أعد للعملية بالشكل المقتضى طبياً وعلمياً وهناك أخطاء تدخل مباشرة في نطاق مسؤولية الجراح كالخطأ في تشخيص المريض أو الخطأ في العضو الواجب استئصاله أو الواجب إجراء الجراحة عليه أو نسيان آلة أو شيء داخل جوف المريض، لأننا هنا أمام خطأ واضح لا مجال للنزاع أو الجدال فيه، فهذه الأمثلة هي نماذج واضحة على ما يدخل في نطاق المسؤولية المنفردة أو المستقلة للطبيب الجراح، وسوف نتكلم تفصيلياً عن مسؤولية الجراح في المباحث القادمة وبالتحديد عند الكلام عن الخطأ الطبي في العلاج والعناية الطبية.

نعود إلى موضوعنا وهو المسؤولية المستقلة لطبيب التخدير، وقد تكلمنا وبإسهاب عن استقلال هذه المسؤولية عن مسؤولية الطبيب الجراح، وقلنا إن كلاً من المسؤوليتين مستقلة ومنفصلة عن الأخرى حيث تستقل كل واحدة منهما بمنطقة نشاط خاصة بها.

ولكن السؤال الذي يفرض نفسه هنا هو هل إن هناك فعلاً استقلالاً وفصلاً مطلقاً بمعنى الكلمة بين أداء الطبيب الجراح وأداء طبيب التخدير؟ وإذا كان الجواب بالنفي، هل يمكن أن نتجاهل ما ذكرناه من استقلال لطبيب التخدير؟ هل هناك عمل متشابك ومشترك بين الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومن الصعوبة بمكان أن نضع حدوداً فاصلة بينهما؟ هذا هو موضوع المسؤولية المشتركة بين الطبيبين الجراح وطبيب التخدير، الذي سنتناوله بالبحث في المطلب التالي.

المطلب الثالث: المسؤولية المشتركة بين الطبيب الجراح وطبيب التخدير (توزيع المسؤولية)

عرضنا فيما سبق اتجاه القضاء الفرنسي إلى المسؤولية المشتركة بين الطبيب الجراح وطبيب التخدير (المسؤولية التضاممية) وبيّنا أن أغلب الأحكام القضائية الفرنسية تجمع بين مسؤولية الجراح ومسؤولية طبيب التخدير على سبيل التضامم وليس التضامن، ونوهنا إلى أن طبيب التخدير أضحى طبيباً متخصصاً ومؤهلاً وعلى مستوى عالٍ من الخبرة والإلمام بتخصصه، ونتيجة لهذا التخصص وذلك التأهيل برزت المسؤولية المستقلة لطبيب التخدير وانفصلت عن المسؤولية الناجمة عن العمل والفن الجراحي.

ولكن رغم تأكيد القضاء الفرنسي، في إحدى مراحل تطوره، استقلالية عمل طبيب التخدير وانفصال عمله ومسؤوليته عن عمل ومسؤولية الطبيب الجراح، فإن هذا القضاء وصل إلى نهاية المطاف في تطويره وبدأ يتكلم عن مفهوم جديد في العمل والفن الطبي يعتمد على التعاون المشترك بين الأطباء الأعضاء المنضوين تحت مفهوم (الفريق الطبي)[1]، وأن الطبيب الجراح وطبيب التخدير يكونان فريقاً طبياً، وأن التعاون والتنسيق اللذين تتطلبهما فكرة الفريق الطبي يتجسدان في أن الطبيب الجراح لا بد وأن يتدخل بعمل وفن طبيب التخدير من خلال التعاون، ولكن هذا التدخل يكون في حدود معينة، صحيح أن طبيب التخدير يستقل في تحضيره وإعداده لأجهزة التخدير وهو الذي يحدد جرعة المخدر، إلا أن الطبيب الجراح يشترك بطريقة غير مباشرة في عملية تخدير المريض ويتدخل في عمل ومهمة طبيب التخدير وذلك عن طريق تحديد الوقت المحتمل الذي تستغرقه العملية الجراحية، فيفرض على طبيب التخدير في أن يزيد من كمية جرعة المخدر أو يقلصها حسب قِصَر العملية أو طولها من حيث الزمن وهذا يخلق تداخلاً واختلاطاً بين منطقة نشاط طبيب التخدير (منطقة العمل التخديري) ومنطقة نشاط الطبيب الجراح (منطقة العمل الجراحي) وبذلك يمكن القول أن التداخل والتشابك بين العملين الجراحي والتخديري يفضي إلى القول بالفصل والاستقلال بين عمل الطبيب الجراح وأداء طبيب التخدير، ونتيجة لذلك فإن مسؤوليتهما الشخصية تنعقد بصدد عمل مشترك متشابك قد يصعب تحديد وتعيين الفاصلة بينهما[2].

---

(1) L equifre Medicale.

(2) د. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، المصدر السابق، فـ66 ص130.

ويبدو أنه لصعوبة التمييز المطلق بين عمل الطبيب الجراح وعمل طبيب التخدير ظهر مفهوم جديد تسوده روح الفريق المتكامل القائم على التعاون، فبدلاً من الحديث عن السيطرة في غرفة العمليات ومن له سلطة إصدار الأوامر والتعليمات لمساعدي الطبيب الجراح، ومن هو التابع ومن هو المتبوع، بدأ كلام جديد للقضاء الفرنسي عن التنسيق والتعاون والتشاور فيما بين الكادر الطبي المنضوي تحت لواء الفريق الطبي، وهم جميعاً متخصصون ومؤهلون ومتساوون من حيث المستوى العلمي، فبدلاً من مفهوم الإمبريالية الطبية - إن صح هذا التعبير- حل مفهوم الديمقراطية الطبية، فساد مفهوم التشاور والتعاون، ليس كروح جديدة للعمل الطبي فحسب، بل كواجب يقتضي مسؤولية مشتركة، وكعمل مشترك للتفاهم والمراجعة المتبادلة حماية لمصلحة المريض[1]. فإذا تبين أن الخطأ الذي وقع في منطقة نشاط طبيب التخدير هو الذي أضر بالمريض أو أدى إلى وفاته، هو خطأ من جانب طبيب التخدير، فإن هذا لا يعني بالضرورة انتفاء مسؤولية الطبيب الجراح، فهناك حالات يكمل فيها عمل طبيب التخدير مهمة الطبيب الجراح ومن ذلك أن كلاً من الطبيبين يشترك في إعداد وتحضير المريض للعملية الجراحية، مما يخلق تشابكاً واختلاطاً فيما بين الفنيين أو المهنتين

ويرى بعض الشراح[2] أن المفهوم الجديد يبدأ من الاستقلال في العمل من خلال التعاون والتنسيق والتشاور، ونزولاً على فكرة الاستقلال في العمل التخديري فإنه لا يوجد بين الطبيب الجراح وطبيب التخدير مسؤولية عن فعل الغير، فالمسؤولية فيما يخص الطبيبين مسؤولية عمّا يقترفه كل من طبيب التخدير والطبيب الجراح من خطأ شخصي ينسب لأي منهما أو لكليهما. أما معاني التعاون والتنسيق والتشاور التي تستوجبها فكرة الفريق الطبي فتتجسد في أن الطبيب الجراح لا بد من تدخله بمهام طبيب التخدير، فهو مسؤول عن أعمال التخدير ولكن في حدود ضيقة جداً، وأساس تدخل الجراح في عمل طبيب التخدير، هو أن المريض منح ثقته لهذا الجراح وهذا الأخير هو الذي فحص المريض وهو الذي شخص علته أو داءه وهو الذي اتخذ قرار إجراء العملية الجراحية، فلهذه الاعتبارات يكون الطبيب الجراح منسقاً لعمل ومهام الفريق الطبي. ويتحقق ذلك قبل إجراء العملية الجراحية وأثناء إجرائها؛ وهناك حالات يقع عبؤها على عاتق كل من طبيب التخدير والطبيب الجراح وتقصير أي منهما فيما يتعلق في هذه الحالات لا يعفي الطبيب الآخر من المسؤولية، وسوف نرى ذلك من خلال درج بعض الأحكام القضائية المهمة.

(1) د. محمد عادل عبدالرحمن، المصدر السابق، ص337.

(2) شابا Chabas، مقال عن التخدير والجراحة، Med _ Press، ع34 حزيران (يونيو) 1978، ص1977.

ففي قضية سارازان Sarazin التي تتلخص وقائعها في أن فتاة أجريت لها عملية جراحية فأصيبت بحالة مرضية تجسدت في تدهور الدورة الدموية واضطرابها مما استوجب إجراء عملية جراحية أخرى لها، وقبل إجراء العملية الجراحية الثانية لم يبادر طبيب التخدير لا بفحص ملف المريضة ولا بفحص المريضة نفسها، ولم يبادر بإجراء تحليل دمها لمعرفة فصيلته، وفي أثناء إجراء العملية الجراحية اقتضت حالة المريضة نقل دم إليها، الأمر الذي لم يفطن إليه لا الطبيب الجراح ولا طبيب التخدير، وقد تم إجراء الجراحة التي استغرقت ساعتين من الوقت، حيث نزفت المريضة كمية كبيرة جداً من دمها أثناء الجراحة، وبعد أن نقلت المريضة من غرفة العمليات إلى غرفتها تم وضعها نائمة على ظهرها دون عناية كافية مما أفضى إلى توقف القلب والتنفس وأدى هذا التوقف إلى فقد حياتها دون أن يحاول طبيب التخدير إنعاشها في الوقت المناسب ودون أن يقوم الطبيب الجراح أو طبيب التخدير بمهمة نقل الدم إليها، لتعويضها عما فقدته أثناء إجراء الجراحة بالسرعة الممكنة وذلك لعدم إعداد تحليل لفصيلة دم المريضة قبل البدء بإجراء العملية الجراحية. وعندما رفعت الدعوى على الطبيب الجراح وطبيب التخدير، فقد استرعت هذه القضية الشهيرة اهتمام القضاء واحتلت مكاناً بارزاً في دراسة المسؤولية الطبية لكل من طبيب التخدير والطبيب الجراح وأثيرت جميع المفاهيم التي سبق أن أشرنا إليها بصدد اقتسام المسؤولية بين الطبيب الجراح وطبيب التخدير. وقد غطت هذه القضية مجموعة من الأخطاء الطبية وقعت قبل إجراء العملية الجراحية وفي أثناء إجرائها وعقب إجرائها، مما أثار المسؤولية على كاهل أعضاء الفريق الطبي الذي تكون في هذه القضية من طبيبين هما الطبيب الجراح وطبيب التخدير، لذلك قضت المحكمة المعنية بهذا النزاع وهي محكمة جنح مونبيليه بإدانة الطبيب الجراح وطبيب التخدير بالحبس والغرامة وتعويض مؤقت لورثة المريضة المتوفية، وقد أسندت المحكمة المذكورة خطأ للطبيب الجراح تمثل في عدم تحققه من الإجراءات والاستعدادات كافة المقتضية لإنقاذ المريضة قبل البدء بتنفيذ العملية الجراحية، وأنه وطبيب التخدير لم يتحققا من فصيلة دم المريضة وذلك بتحليل دمها ومعرفة فصيلته من أجل اتخاذ الاحتياطات الواجب اتخاذها لمواجهة حالة الدم لدى المريضة، وأسندت المحكمة للجراح وحده التقصير في واجبه في التحقق من توافر احتياجات الأمانة والحيطة بالنسبة للمريضة؛ أما طبيب التخدير فقد أسندت له المحكمة بمفرده دون الجراح خطأ يتجسد في أنه لم يتابع حالة مريضته بشكل كافٍ ولم يجر الفحص على المريضة قبل البدء بإجراء الجراحة طبقاً للأصول الطبية المتعارف عليها، حيث أنه لم يشاهد المريضة إلا قبل إجراء الجراحة بوقت قصير جداً وبعد أن كانت المريضة قد

تناولت بعض العقاقير المهدئة للتخدير التي أعطاها الطبيب الجراح لها، وشرعت بالغيبوبة، إذ ينبغي على طبيب التخدير أن يخصص وقتاً كافياً لمشاهدة المريضة قبل إجراء العملية الجراحية وأن يقوم بفحصها وأن يحلل دمها لمعرفة فصيلته وأن يجري تحاليل أخرى مقتضية. حيث إن ذلك لم يقم به الطبيبان فقد اقترفا أخطاءً واضحة ومحددة، وهي التي أودت بحياة المريضة، وأن الأساس في إنقاذ الحياة الإنسانية يحتم على الأطباء المعالجين الالتزام بتوفير الوسائل الملائمة والمطابقة كافة لحالة التطور والتقدم الطبي والعلمي لتلافي المخاطر المعروفة والمتوقعة في نطاق الجراحة[1].

وقد استأنف الطبيبان الحكم السابق لدى محكمة استئناف مونبيليه، فقضت هذه المحكمة ببراءة الطبيب الجراح وإدانة طبيب التخدير، وقد جاء في حيثيات حكمها: ((إن الطبيب الجراح يسأل عن ملاحظة ومتابعة الأعمال التي هي تحت إشرافه المباشر والتي تتم أثناء إجراء العملية الجراحية، حيث إن الطبيب الجراح ـ حسب تقرير الخبراء ـ قد شخّص الحالة المرضية وكان تشخيصه سليماً وصحيحاً، وأن العملية الجراحية قد أجريت في ظروف صحية ومناسبة من حيث الفن الجراحي والأصول الطبية، وأنه لم يتأيد وجود أي خطأ طبي في نطاق الفن الجراحي، ولذلك فلا يمكن إثارة مسؤوليته. أما طبيب التخدير فإن الأمر يختلف فيما يتعلق بمسؤوليته، حيث لا يدخل هذا الطبيب في إطار سلطة الطبيب الجراح في الملاحظة والمتابعة والإشراف بحكم تخصصه أو اختصاصه، حيث يستقل بعملية تخدير المريض وبالسهر على حالته من حيث توقف القلب والتنفس أثناء إجراء العملية الجراحية، وأنه يلتزم بمتابعة حالة المريض حتى إفاقته وعودته إلى كامل وعيه من مفعول المخدر، وأن يستخدم الوسائل المتاحة كافة للوصول إلى هذا الهدف، وحيث إنه لم يتخذ الاحتياطات السابقة ولم يتابع حالة المريضة بعد الجراحة فإنه يعد مهملاً في تقدير الحالة الصحية للمريضة التقدير الصحيح، لأن واجبه الأول هو تأمين سلامة المريضة التي عهد بها إليه، فعليه أن يتوقع الأخطار التي تتعرض لها وأن يتخذ الاحتياطات والوسائل المناسبة لتلافي تلك الأخطار، وحيث إنه ثبت إهماله في الإعداد لإجراء العملية الجراحية ولم يبدِ الحيطة واليقظة في القيام بعمله، وأن كل ذلك يمثل أخطاء يسأل عنها وحده دون الطبيب الجراح[2].

وقد طعن في حكم محكمة استئناف مونبيليه لدى محكمة النقض الفرنسية، على أساس أن الطبيب الجراح وطبيب التخدير يكونان فريقاً طبياً يسأل عن الأضرار

(1) محكمة مونبيله، في 21 كانون الأول (ديسمبر) 1970، دالوز 1970، ص637.

(2) محكمة استئناف مونبيليه، في 5 مايس (مايو) 1971، جازيت دي باليه، 1971، 1 ـ 53.

التي تلحق المريض والناجمة عن فعلهما المشترك، وقد جاء في حيثيات حكم محكمة النقض، أن محكمة استئناف مونبيليه قد أصابت في استنباطها الخطأ والإهمال الذي ارتكبهما طبيب التخدير، حيث تأيد لديها إهماله في عدم إعداد المريضة للعملية الجراحية وعدم فحصه دمها للتعرف على فصيلته وبالتالي عدم إعطائها كمية الدم المطلوبة لتعويض الدم المفقود أثناء نزفها، وقد استنبطت محكمة استئناف مونبيليه في حدود سلطتها التقديرية قيام علاقة السببية بين تلك الأخطاء وبين الضرر الذي لحق المريضة فضلاً عن استنباطها لعدم كفاية ملاحظة المريضة بشكل كافٍ عقب إجراء العملية من قِبَل طبيب التخدير. وقد أضافت محكمة النقض الفرنسي أن الطبيب الجراح يكون مع طبيب التخدير فريقاً طبياً، وأن الأول لا يجهل أن فصيلة الدم الخاصة بالمريض لم تكن قد حددت قبل إجراء العملية الجراحية، وأن احتياطياً من الدم لم يكن قد أُحضر لاحتمالات المخاطر الناجمة عن العملية الجراحية، فضلاً عن أن الطبيب الجراح كان على علم بأن طبيب التخدير لم يقم بفحص المريضة قبل إجراء العملية الجراحية بوقت كافٍ، حيث أنه لم يرَ المريضة إلا قبل إجراء العملية مباشرة وفي غرفة العمليات، وفي وقت كانت المريضة في حالة غيبوبة بسبب إعطائها بعض العقاقير المهدئة للتخدير، من قبل الطبيب الجراح، كما أن الجراح لم يشرف على تغيير وضع المريضة، كما يقتضي الأمر، على ضوء أنها كانت قد أجريت لها عملية جراحية سابقة؛ ولذلك فإن هذه الأخطاء المتراكمة لا يسمح في ظلها لمحكمة الموضوع أن تعفي الجراح من المسؤولية وإلا كان حكمها قابلاً للنقض، لأن مجرد القول أن الجراح ليس ملزماً برقابة أعمال طبيب التخدير يصبح، في ضوء الظروف السابقة، قولاً غير كافٍ[1].

وبعد أن نقضت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة استئناف مونبيليه قررت إحالة القضية إلى محكمة استئناف تولوز لتفصل في النزاع وفق ما جاء بقرار محكمة النقض. وقد قضت محكمة استئناف تولوز بمسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير، وقد جاء في حيثيات حكمها: ((إذا كانت ملاحظة حالتي توقف القلب والتنفس من اختصاص طبيب التخدير باعتباره مختصاً في الإنعاش، وأن التخدير والإفاقة ليست غاية مقصودة لذاتها، بل هي وسائل تهدف إلى غاية مشتركة مع الطبيب الجراح، وهي التنفيذ الصحيح والسليم للعملية الجراحية وبذل قصارى الجهد الحيطة واليقظة والحذر من أجل تفادي المخاطر المتوقعة في نطاق العمل الجراحي،

(1) نقض جنائي فرنسي، في 22 حزيران 1972، J.C.P 1972، 2 ـ 7266.

لغرض شفاء المريض؛ وأضافت هذه المحكمة بأن تنظيم وإدارة العملية الجراحية هي بشكل عام للطبيب الجراح، فهو الذي يحدد الوقت الذي تستغرقه هذه العملية وهو الذي يحدد مستلزماتها ومتطلباتها، لذلك يتحتم أن يقوم بين الطبيبين تعاون مخلص، والطبيب الجراح هو الذي يتخذ المهام الجوهرية والقرارات الأساسية، التي يتحتم على طبيب التخدير أن يوائم عمله معها على نحو مستمر، وطبيب التخدير لا يتمكن من ذلك إلا بالالتزام بعمل الجراح؛ وأضافت هذه المحكمة أن الطبيب الجراح يعتبر مقترفاً للخطأ الذي يحدد مسؤوليته إذا لم يتحقق من أن طبيب التخدير قد اتخذ الاحتياطات اللازمة والكافية لإنعاش المريضة عقب الجراحة، فضلاً عن إهماله في عدم الاحتياط وإحضار دم احتياطي لتعويض المريضة عن الدم المفقود الذي نزفته أثناء إجراء العملية. ولا يمكن الخلاص من المسؤولية بالاحتجاج بأن العملية الجراحية قد أجريت على نحو صحيح وفقاً للأصول الفنية وأن ما حدث للمريضة كان عقب الانتهاء من الجراحة))[1].

وانطلاقاً من نفس الفكرة السابقة، وفي زمن لاحق، وتأييداً للاتجاه السابق، قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: ((لا يمكن للطبيب الجراح أن يتدخل في عمل طبيب التخدير فيما يتعلق باختصاصه، فالطبيب الجراح لا يمكن مؤاخذته من هذه الناحية؛ ولكن الظروف الصعبة والخاصة التي يمر بها المريض وخاصة إذا كانت العملية الجراحية تجرى له للمرة الثانية، فهذه الظروف تحتم على الطبيب الجراح أن يلاحظ وبدقة وبالضرورة حالة المريض، وأن يتابع ويلاحظ شخصياً العقبات التي تقع عقب العملية الجراحية الثانية، خاصة وأن المريض كان قد عانى بعض المتاعب في إفاقته، الأمر الذي يتيح للطبيب الجراح أن يحقق للمريض رقابة شديدة وفعالة وأن يتلافى الأخطاء التي اقترفها طبيب التخدير ولا يمكن للطبيب الجراح أن يتخلص من المسؤولية بالاحتجاج بأن طبيب التخدير لم ينفذ تعليماته، فضلاً عن أن هذا الاحتجاج لم يتأيد بالدليل القاطع؛ لذلك، يعتبر الطبيب الجراح قد أخل بالتزاماته العامة بالحيطة واليقظة، وأن هذا الإخلال تضاف إليه الأخطاء التي ارتكبها طبيب التخدير تقتضي تقرير اقتسام المسؤولية فيما بينهما، حيث إن ما أسند لكل واحد منهما من خطأ يساوي في جسامته ما أسند للآخرين))[2].

يستخلص من القضاء السابق أن على الطبيب الجراح أن يراعي في خطته الجراحية ملاحظة عمل طبيب التخدير وأساس ذلك هو أن الطبيب الجراح هو الذي فحص المرض وهو الذي شخص مرضه وحدد طبيعة ونوع هذا الداء الذي يشكو منه

(1) محكمة استئناف تولوز، في 24 نيسان (ابريل) 1973، جازيت دي باليه 1973، ص401.
(2) نقض فرنسي، في 18 تموز (يوليو) 1983، دالوز 1984، ص149 و150.

المريض وهو الذي اتخذ القرار بإجراء العملية الجراحية وهو الذي حدد الوقت الذي تستغرقه العملية الجراحية وهو الذي يقوم بإجراء هذه الجراحة، لذلك يتحتم على الجراح أن يلفت انتباه مساعديه وبضمنهم طبيب التخدير إلى العمل الفني الذي يزاولونه، ولكن هذا لا يعني أن الجراح سوف يترك مشرط الجراحة ويتفرغ لتوجيه الأوامر والتعليمات لمعاونيه، بل عليه أن يتحكم في هذا المشرط، ذلك أن أحداث العملية وصعوبتها ودقتها تستغرق دون ريب انتباه الطبيب الجراح بشكل يستدعي معه كفاءة وقدرة وتخصص طبيب التخدير، ولذلك يتحتم على مساعدي الجراح وخاصة طبيب التخدير أن يوائم عمله مع أحداث العملية الجراحية وتطورها عبر ردود فعل المريض الخاضع للجراحة، ولذلك فإن مسؤولية طبيب التخدير عما يقترفه من خطأ في منطقة النشاط التخديري لا توجب مسؤولية الطبيب الجراح فيما أسند إليه من خطأ شخصي في متابعة وملاحظة حالة المريض وفي عدم تلافي الأخطاء التي اقترفها طبيب التخدير في بعض الفروض، لأن الطبيب الجراح يلزم باتخاذ الاحتياطات الضرورية الممكنة كافة التي يقتضيها العمل الجراحي لتلافي المخاطر المتوقعة والمعروفة التي تقع خارج منطقة النشاط والعمل الجراحي ذاته.

الفرع الثالث: الخطأ في العمل العلاجي والجراحي والعناية الطبية

العلاج هو الوسيلة التي يختارها الطبيب والتي تؤدي إلى الشفاء من المرض أو الحد من أخطاره أو التخفيف من آلامه الناتجة عنه سواء بتسكينها أم بالقضاء عليها[1].

والواضح من هذا التعريف أن غاية العلاج وهدفه هو تحقيق الشفاء أو الحد من آلام المرضى أو تخفيفها وكان يجب أن ينطوي هذا التعريف على صفة القائم بالعلاج ووجود رضاء المريض وأن يكون العلاج وفقاً للأصول الطبية المعترف بها، وتعد مرحلة أولية بالنسبة لمرحلة العلاج، حيث يحدد فيها الطبيب الداء أو العلة من أجل تحديد الدواء، وتعيين طريق العلاج الملائمة لهذه العلة أو لذلك الداء، ويعين الطبيب في هذه المرحلة وسائل العلاج الملائمة لنوع المرض وطبيعته، وإن كان من الصعوبة بمكان الفصل بين هاتين المرحلتين، مرحلة التشخيص ومرحلة العلاج، كما نوهنا سابقاً، لأن الهدف من وضع التشخيص هو الإعداد للعلاج، والتشخيص والعلاج لا ينفصلان عن بعضهما البعض، وأساس ذلك هو تتبع حالة المرض وما يطرأ عليها من تحسّن أو سوء يستوجب الاستمرار في العلاج المختار أو إيقافه أو تغييره أو قطعه نهائياً وهذا يعود إلى

(1) د. أسامة عبدالله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، المصدر السابق، ف63، ص86.

التشخيص المتتابع لحالة المريض الصحية فمرحلة العلاج ليست أقل أو أكثر أهمية من مرحلة التشخيص، فهما عمليتان متتابعتان متوازنتان من حيث الأهمية. واعتبر العلاج في منطقة العمل الجراحي، مرحلة تالية بالنسبة للعمل التخديري، ويهدف العلاج إلى دراسة الوسائل الممكنة والمتاحة من أجل الوصول بالمريض إلى بر الشفاء بقدر الاستطاعة، ولا غاية للطبيب سوى إبراء المريض من دائه أو علته أو سقامه.

والعلاج مسألة طبية بحتة، ولا يمكن القول بوجود خطأ من جانب الطبيب في إطار العلاج، إلا إذا تصرف الطبيب بطريقة غير حذرة أو كان جاهلاً في الأمور الطبية التي يتعين عليه أن يقوم بها إبان ممارسته لمهنته[1]. وبعكسه يعد الطبيب مهملاً، والإهمال هو إساءة التصرف، أو نقض لواجب ملقى على عاتق الطبيب تجاه مريضه ليمارس العناية الصائبة والمهارة المعقولة لتنتج أثرها وتنفذ لمريض ذي وهن جسماني أو عقلي، ويجب أن يمتلك الطبيب درجة معقولة من المهارة وأن يستخدمها بقدر معقول من المثابرة، لذا فإن الجراح اللامع قد يكون مهملاً إذا ما فشل في استخدام مهارته ودرجة حذقه، وأبدى نقصاً وقصوراً في براعته أو عدم خبرته في عمله، فهذا الجراح ممكن أن يكون مهملاً حتى لو أجهد نفسه وبكل طاقته. إن هذه الدرجة من الاقتدار والجدارة ليست قدراً ثابتاً، بل إنها تختلف تبعاً لمنزلة الطبيب رغم أن هناك مستوى أدنى لخبرة واقتدار جميع الأطباء ويفترض أن يراقب هذا المستوى باختيار الكفاءة، نعم إن درجة المهارة للأطباء تختلف كالتحليل الطيفي للنور اعتباراً من المتخرج حديثاً من الأطباء حتى أقدم المستشارين. فلا يمكن توقع امتلاك أي طبيب لكامل المعلومات الطبية المألوفة أو المتعارف عليها، أو أن بإمكان الطبيب تحديد جميع الأمراض والإلمام بكامل فن العلاج، غير أن طبيباً بمرتبة خاصة ودرجة علمية معتبرة وخبرة، يمكن أن يتوقع منه أنه قد حاز على معرفة متوسطة ومقدرة متوازنة ومتناسبة مع منزلته كطبيب[2].

ولا يتوقع من طبيب يمارس العلاج الطبي أو الجراحة في منزله أو عيادته، أن يمتلك نفس المهارات التي يمتلكها طبيب مختص أو جراح استشاري، غير أنه في نفس الوقت متوقع منه أن يقصر نشاطه (فيما عدا الحالات الطارئة) على مستوى معين للعناية أو العلاج الطبيين ضمن اختصاصه. قد يوجه إلى الطبيب ذي العيادة المنزلية الذي يختص أو يجري عمليات جراحة متقدمة (ليس في المواقف الطارئة) نوع من الخطأ

---

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص270؛ د. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، المرجع السابق، ف219، ص406؛ د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف158، ص214.

(2) Bernard Knight, legal Aspects of Medical Practice, Edinburgh London Melbourne and New York, 1982, P. 48.

في العلاج أو الإهمال في الجراحة إذا ما تسبب بأي ضرر أو تلف لاحق للمرض، حتى لو لم يتوقع منه أن يمتلك نفس الخبرة التي يمتلكها جراح أقدم قد أجرى نفس العملية بالتعقيد الحالي لعملية التخدير.. هذه النقطة لها أهمية خاصة تتعلق بالكمية التي يحتاجها المريض من المخدر والتي تعطى من قِبَل أطباء ليسوا بذوي خبرة كفاية أو ليسوا بالأطباء الأقدمين أو ليسوا بذوي الاختصاص في مجال التخدير. وقد يتعدون حدود الكفاية التي يحتاجها المريض من المخدر[1].

ومرحلة العلاج كثيرة التشعب، وبعيدة الأغوار[2]، ومن العسير متابعة جميع تشعباتها، وأخطاء العلاج كثيرة، فهناك الخطأ في الحقن بالأمصال والخطأ في وصف العقاقير السامة، والخطأ في التدخل الجراحي، والخطأ في العلاج بالأشعة، والخطأ في نقل الدم والتجارب الطبية، وجراحة التجميل، والخطأ في العلاج النفسي وتحليله، وكذلك الخطأ في اختيار وسائل العلاج، فهناك الوسائل اليدوية، كما في علاج تقويم العمود الفقري يدوياً، وكذلك معالجة المريض بالوسائل البدائية والميكانيكية، وخاصة الضوء والحرارة وكذلك التخثير الكهربائي والحراري للشعر، والسحاج الجلدي، والعلاج الغذائي والطب المغناطيسي، سوف نختار بعض النقاط المهمة لكي نعالج هذا الموضوع الشائك والمتشعب الأبواب، دون طرق جميع الأبواب والطرقات، ولذلك سنوزع دراستنا على ثلاثة مطالب، نخصص الأول لبحث حرية الطبيب في اختيار طريقة العلاج، ونعقد الثاني لتناول نقص العناية الطبية الواقعة أثناء مباشرة العلاج ونفرد الثالث لدراسة مستوى العناية الطبية المطلوب تقديمها للمريض.

المطلب الأول: حرية الطبيب في اختيار طريقة العلاج

سبق أن ذكرنا أن مسؤولية الطبيب ـ في الغالب الأعم ـ عقدية لارتباطه مع المريض بعقد، يقوم على التزام الطبيب ببذل عناية، وليس بتحقيق غاية، ذلك أنه لا يعقل أن يفرض المريض على الطبيب حتمية الوصول به إلى الشفاء، فالطبيب لا يلتزم بتحقيق الشفاء، بل محاولة للوصول إليه، ببذل قصارى جهده، والتزامه بالحذر واليقظة.

وقد جرى القضاء الفرنسي على أن تحديد طريقة العلاج واختيار الوسائل المتاحة والإرشادات الطبية التي يوصي الطبيب المريض بها، لإكمال شفائه أو لإعادة تأهيله، ينفرد به الطبيب المعالج أو الجراح، فلا تثريب على هذا الجراح أو ذاك الطبيب إذا ما

---

(1) برنارد نايت، الجوانب القانونية للممارسة الطبية، المرجع السابق، ص46.

(2) د. وديع فرج، المرجع السابق، ص426.

وصف لمريضه تناول دواء متعارف عليه أو مسموح بتناوله في العُرف الطبي، ولا يؤاخذ أي منهما عند استخدامه طريقة تقليدية في إجراء العملية الجراحية أو في العلاج الطبي، وعلى هذا الأساس، قضت محكمة استئناف باريس: ((إن مسؤولية الطبيب الجراح لا تنهض إذا كان قد عالج البواسير التي يعاني منها المريض بطريقة التخثر الكهربائي ونجم عن هذه الطريقة في العلاج انفجار في بطن المريض؛ وقضى كذلك بأن لا مسؤولية على الطبيب الذي لم يقدر مقدماً أن لدى مريضه نوعاً من الاستعداد الذاتي أو الخلقي الطبيعي أو الحساسية المفرطة، اللهم إلا إذا كان في الإمكان اكتشاف هذه الحالة أو هذا العارض عن طريق القيام بفحص مسبق))[1].

ولكن إذا كان الطبيب أو الجراح حراً في اختيار طريقة العلاج ووسائله الذي سوف يسلكها لكي يعالج المريض، فالسؤال الذي يفرض نفسه، ما مدى هذه الحرية؟ فهل إن الحرية التي يتمتع بها الطبيب أو الجراح في هذا النطاق حرية مطلقة لا حد لها؟ خصوصاً وأن الطبيب غير ملزم بتحقيق نتيجة معينة، وأن كل ما يلزمه به عقد العلاج هو بذل العناية، أي أن الطبيب قد يقرر العلاج بالطريق الجراحي أو بالوسائل الأخرى.

إن الحرية التي يتمتع بها الطبيب أو الجراح في اختياره طريقة العلاج والوسائل ليست حرية مطلقة لا حد لها، بل هي حرية مقيدة، وفقاً لمصلحة المريض، وملاءمة هذه الطرق والوسائل لحالة المريض الصحية، وذلك بأن يبذل عناية مستنيرة يقظة طبقاً لمعطيات الطب المتاحة. فالطبيب له الحق في أن يختار اتباع طريقة جديدة مستحدثة في العلاج أو إعطاء المريض دواء اكتشف حديثاً متى ما رأى أن هذا العلاج أصلح للمريض وأدعى إلى سرعة شفائه حتى ولو أدى هذا الدواء إلى بعض المضاعفات والأعراض الجانبية[2]، بشرط أن لا يؤدي هذا الدواء إلى تدهور صحة المريض.

ومن طبيعة فن الطب وما يتميز به كونه فناً متطوراً وليس قواعد جامدة، فهو يقدم لنا كل يوم وسائل متنوعة لمعالجة المرضى وهذا التنوع يفتح الباب أمام الطبيب أو

(1) أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف68 ص42؛ وانظر في حرية الطبيب في اختيار طرق العلاج، د. الأبراشي، المرجع السابق، ص270 وما بعدها؛ د. الجوهري، المرجع السابق، ص401؛ د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف159، ص215؛ د. احمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص، المرجع السابق، ف220، ص407؛ د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص133؛ عبدالسلام التونتجي، المرجع السابق، ص363؛ د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص54؛ د. أسامة عبدالله قايد، المرجع السابق، ص67 ما بعدها.

(2) أستاذنا د. حسن علي ذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف69 ص42.

الجراح للاختيار من بين الوسائل الميسرة وفقاً لما يراه أكثر فاعلية في شفاء المريض وأكثر ملاءمة لحالته الصحية.

ورغم أن تقدم العلوم الطبية وظهور وسائل وطرق جديدة في العلاج تفتح الباب أمام الطبيب أو الجراح، إلا أن هذا الباب لا يفتح على مصراعيه، لذا يتحتم على الطبيب أن يبذل قدراً كبيراً من الحيطة والحذر، وذلك بأن يراعي بنية المريض وسنّه ودرجة استهدافه وقوة احتماله وحالته النفسية ليختار له ما ينسجم مع طبيعة مرضه من طرق العلاج التي تناسب حالته، فالمرض الواحد ليس له علاج واحد في جميع الحالات، وما ينفع مريضاً قد يضر مريضاً آخر مصاباً بنفس المرض ويتعرض لنفس الأعراض، ولذلك قيل ليس هناك أمراض بل مرضى[1].

وحرية اختيار العلاج لا ينبغي أن تتجاوز الحدود التي تفرضها القواعد العامة للحذر واليقظة، فالعلاج الذي يقع عليه اختيار الطبيب أو الجراح يتعين أن يكون مقبولاً في نطاق العلوم الطبية كعلاج ناجح للحالة المعروضة على هذا الجراح أو ذلك الطبيب، فإذا ما أراد اتباع طريقة جديدة في إجراء العملية أو استخدام دواء حديث الصنع لا يزال استعماله محلاً للأخذ والرد بين علماء الأطباء فإنه يتعين عليه أن يخطر المريض بما قد ينطوي عليه استعمال هذا الدواء من مضاعفات أو أعراض جانبية، وعلى هذا الأساس قضت محكمة استئناف (مونبيليه) بـ: ((أنه لا يكفي لإعفاء الطبيب من المسؤولية أن يكون عمله متفقاً مع العُرف الطبي أو مع رأي طبي لا يزال محلاً للجدال والمناقشة، إذ يعتبر الطبيب الذي يعالج المرض بمثله (أو يداوي الداء بالداء) مخطئاً خطأً واضحاً يستوجب مسؤوليته إذا هو أهمل في استعمال (المسبار) في عملية توسيع بلعوم شخص أصيب بحريق فنتج عن هذا الإهمال ضيق في بلعوم المريض أخذ يعاني منه طيلة حياته، إذ لا يمكن أن يعتبر هذا النوع من أنواع العلاج متفقاً مع المعطيات والمعلومات الطبية في علم الطب))[2].

وقد ذهب الفقه[3] والقضاء[4] إلى أن للطبيب الحرية في أن يختار الوسائل والطرق الفنية، لأن الطبيب يتمتع بثقة مريضه فيما يخص الفن الجراحي، فهو يستطيع أن يختار أياً من الوسائل دون الأخرى، لإجراء التدخل الجراحي طبقاً للأصول العلمية

---

(1) د. الأبرشي، المرجع الساق، ص270؛ د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج، المرجع السابق، ص133؛ د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص47.

(2) استاذنا د. حسن الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف69، ص42 حيث أشار إلى هذا القضاء.

(3) د. حسام الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، المرجع السابق، ف66، ص104؛ نفس المعنى د. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، المرجع السابق، ف220 ص407.

(4) محكمة إكس، في 14 شباط (فبراير) 1950، الأسبوع القانوني 1950، 2 ـ 5423؛ مونبيليه، في 14 كانون أول (ديسمبر) 1954، دالوز 1955، ص745 تعليق كاربونيه؛ باريس، في 14 نيسان (إبريل) 1964، دالوز 1964 مختصر ص98.

فالطبيب يختار الوسيلة التي يراها مناسبة لحالة المريض طالما أنها تعد في مرحلة التجربة العلمية ودرجت في الميدان العلمي، وأصبحت من وسائل العلاج التي استقر عليها أهل المهنة الطبية، ويتحتم على الطبيب أن يبذل جهوداً صادقة ويقظة تتفق (في غير الظروف الاستثنائية) مع الأصول العلمية الثابتة وفي أحسن الظروف؛ ولكن هذا لا يعني أنه يجب على الطبيب والجراح أن يطبق العلم بنفس الأسلوب أو الطريقة التي بها يطبقه غيره من الأطباء، فمن حق الطبيب أن يترك له قدر من الاستقلال في التقدير في العمل الطبي وممارسته لفنه طبقاً لما تمليه عليه أصول علمه وفنه وضميره، ولهذا لا يسأل الطبيب عن خطأ يعد مغتفراً بالنظر لحالة العلوم الطبية وقت وقع الحادث[1] وهذه الحرية تعتبر من المبادئ الأساسية في ممارسة مهنة الطب[2]؛ وأساس ذلك هو أن خاصية الفن التخميني الذي يهيمن على العلوم الطبية، تفتح الباب أمام الطبيب للاختيار، لكي يختار الطريق المثلى وفق ما يرتئيه ليعالج الحالة المرضية المعروضة عليه؛ لذلك، ينبغي على الحقوقيين والقضاء أن يحترموا هذه المسألة الأساسية، والسبب في ذلك هو أن القضاء لا يهتم بالمناقشة في الحقول العلمية المحضة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن المهن الحرة تتميز بوجود المبادرة الشخصية، كسمة مميزة لها، كما أن عامل التخمين يلعب دوراً مهماً في نجاح هذه المهن[3].

فالطبيب وحده الذي يقرر ما إذا كان سيبدأ بهذه الطريقة أو بذلك الأسلوب، ولا يستطيع القضاء أن يناقشه لماذا استخدم هذه الطريقة دون غيرها، فضلاً عن أنه من الصعوبة على القضاء أو أهل الخبرة إن لم يكن من المستحيل أن يقيم مدى ملاءمة العلاج الذي اختاره الطبيب؛ وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض المصرية بأنه: ((يسأل الطبيب عن خطأه في العلاج، عندما يكون الخطأ الذي وقع منه ظاهراً لا يحتمل أي نقاش فني، وأما إذا كان الأمر متعلقاً بمسائل علمية بحتة، يختلف حولها الأطباء، ورأى الطبيب اتباع نظرية دون أخرى فلا لوم عليه))[4].

ولكن كقاعدة عامة، فإن المحاكم تقوم بتقييم مسؤولية الطبيب إذا ما استشف القاضي من ظروف أو وقائع القضية أن الطبيب قد باشر العلاج بطريقة تنم

---

(1) نقض مدني فرنسي، في 2 ديسمبر 1958؛ جازيت دي باليه 1959، 1 ـ 94.

(2) د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص133؛ د. وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص54.

(3) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف159 ص216، إشارة إلى هشام فرعون، المرجع السابق، ص95.

(4) نقض مدني مصري في 22 آذار (مارس) 1966، مجموعة أحكام النقض المدنية، ص17، عام 1966، ص636.

عن إهمال ولا مبالاة ودون اتباع للأصول الطبية الثابتة والمستقرة المتعارف عليها من قِبَل الأطباء في هذا الخصوص[1].

فالطبيب الذي يطبق طريقة محددة ومعينة في العلاج، في حين أن طبيعة المرض وحالة المريض تتطلبان طريقة أخرى، لا يمكن أن يعفى من المسؤولية، والسبب في ذلك هو أن العلاج ينبغي أن يكون مطابقاً للقواعد المطبقة في العلوم الطبية الحديثة[2]. ومسألة الحكم على أن طريقة معينة ومحددة في العلاج أو في الجراحة تعتبر من الطرق القديمة المتروكة والمهملة، هي من المسائل العلمية الصعبة، فالتقدم الذي حصل في مجال العلاج؛ قد تجاوز كل الحدود، فالعلم يقدم كل يوم علاجاً أكثر فاعلية من علاج آخر أو جراحة أخرى، ويحول العلاج الآخر إلى علاج قديم ولكنه ليس بالعلاج أو الجراحة المهملة أو المتروكة، بل هو علاج قديم فقط. وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: ((لا يعتبر الطبيب مخطئاً إذا لجأ إلى طريقة مهملة أو متروكة إذا كانت هذه الطريقة لا زالت موجودة وموصوفة في المؤلفات الطبية القديمة، وقد أهملت أو تركت، لا بسبب الأضرار الناجمة عن استخدامها، بل بسبب تخوف المرضى))[3].

وقد سبق وأن ذكرنا أن علم الطب من العلوم المتطورة مع تقدم العلم، وتمخض عن هذا التقدم وذلك التطور ظهور طرق ووسائل جديدة لعلاج الأمراض، وقد ثار التساؤل حول ما إذا كانت هذه الوسائل وتلك الطرق الجديدة في العلاج، بما قد يظهر عنها من أضرار تعد في ذاتها خطأً موجباً للمسؤولية أم لا.

ومن تطبيقات القضاء على ذلك، ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية بأن: ((يُسأل الطبيب عن خطأه في العلاج إذا كان هذا الخطأ ظاهراً لا يحتمل نقاشاً فنياً للخلاف عليه، فإن وجدت مسائل علمية يتجادل فيها الأطباء ويختلفون عليها، ورأى الطبيب اتباع نظرية قال بها العلماء ولم يستقر الرأي عليها فاتبعها فلا لوم عليه[4]؛ وكل ما في الأمر أنه ينبغي أن تكون الطريقة التي تكون قد اتبعها الطبيب في علاج المريض قد جاوزت حد التجربة العلمية ودرجت في الميدان العملي[5].

(1) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص47.
(2) نقض مدني فرنسي، في 13 مايس (مايو) 1959، دالوز 1959 مختصر 107.
(3) هشام فرعون، المرجع السابق، ص96.
(4) نقض مدني فرنسي، في 13 مايس (مايو) 1959، دالوز 1959 مختصر 107.
(5) محكمة أكس، في 14 شباط (فبراير) 1950، دالوز، ص322.

ويلاحظ أنه من الطبيعي، أن يأخذ القضاء بعين الاعتبار، عند تحديد خطأ الطبيب، حالة المريض النفسية والجسدية، فيتحتم أن تكون الطريقة والوسيلة التي اختارها الطبيب لعلاج المريض متناسبة ومتوافقة مع حالته الصحية[1].

ولا يسعني القول أن حرية الطبيب أو الجراح، في اختياره للعلاج المتفق والمتطابق مع المعطيات العلمية، هي حرية مقيدة كل التقييد، أو مطلقة كل الإطلاق، بل هي حرية وسط، والقيود التي وضعها القضاء على حرية الطبيب في اختياره لتلك الطريقة أو لذلك الأسلوب لا تعني المساس بالمبدأ العام في اختيار الطبيب لطريقة العلاج المناسبة لحالة المريض الصحية والمتوافقة مع الأصول العلمية، فالطبيب ليس ملزماً باللجوء إلى الطريقة التي تنتجها الكثرة الغالبة من الأطباء، طالما أن الطريقة التي يتبعها الطبيب متطابقة مع القواعد الطبية المعروفة، فقد يتبع الطبيب طريقة خاصة بصفة شخصية ينتهجها في فنه الطبي بشرط أن تحتمي هذه بالأصول الطبية المعروفة وتستند على المعطيات العلمية الأساسية؛ ذلك أن حرية الطبيب أو الجراح في اختياره لهذه الطريقة أو تلك من المهام الأساسية في العمل الطبي فمن المتوقع أن يرفض الطبيب استشارة أحد زملائه والقيام بمساعدته، والسبب في ذلك أنه قد يرى الطبيب أن القيام بعلاج المريض أو إجراء عملية جراحية لا يتطلبان أي تدخل من جانب طبيب أو جراح آخر غيره وأن كفاءته العلمية وقدرته الفنية تمكنه من القيام بإجراء هذه العملية الجراحية أو ذلك العلاج وحده، ودون مساعدة الأطباء الآخرين[2].

ولكن، الطبيب قد يواجه أثناء القيام بعمله الطبي، حالة استثنائية، تفوق مستوى علمه وكفايته، من الصعوبة بمكان، إن لم يكن من المستحيل، أن يعالجها، أو يجري لها تدخلاً جراحياً، وإزاء الحالات الصعبة والاستثنائية لا يسعنا القول أن الطبيب حر في اختيار طريقة العلاج بمفرده، وإنما يتحتم عليه أن يستعين بزملائه أو باستشارة الاختصاصيين، ولا يمكنه أن يتخلى عن طلب هذه الاستشارة أو تلك الاستعانة، فإن هو فعل ذلك وتخلى عن مساعدة الاستشاريين فإنه يكون بعيداً عن الصواب، قريباً إلى الخطأ، ويخل فعله هذا بقواعد الحذر واليقظة التي يتطلبها العمل الطبي، وهذا لا يعني أنه يحتم على الطبيب أو الجراح أن يتبع الأسلوب أو الطريقة التي أوصى بها الطبيب الاختصاصي، بل له أن يرفض طريقة العلاج التي اقترحها الطبيب الاختصاصي، إذا كان يعتقد أنها بعيدة عن الصواب، وأنه لا يشاركه الرأي، ولكن يجب عليه في هذه الحالة، أن يخطر المريض أو أسرته بذلك، وإبلاغهم بضرورة

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص270؛ د. وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص57.
(2) هشام فرعون، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص96.

استدعاء اختصاصي آخر لمباشرة العلاج، وله كذلك أن ينسحب، وأساس ذلك هو أن القواعد الطبية ومبادئ الحيطة والحذر، تقتضي ذلك؛ أما إذا رأى أن يطبق رأي الاختصاصين فإنه يكون مسؤولاً عن هذا التطبيق، ولا يقبل منه إذا ظهر خطأ في العلاج، أن يدفع مسؤوليته، بالقول، بأنه لم يكن موافقاً على هذا الرأي، بل هو قام بتطبيقه نزولاً إلى رأي ورغبة الاختصاصي[1].

ولكن إذا اشترك الطبيب مع زملائه في علاج معين لمريض معين، فإنه يتحتم عليه أن يتبع الطريقة التي أجمع عليها هو وزملاؤه واستقر عليها الرأي[2].

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بـ: ((إن الطبيب الذي لم يطبق الطريق العلاجية التي أوصي بها الاستشاريون والذي قرر هو بنفسه الاستعانة بهم، دون أن يخبر أسرة المريض بذلك، ولم يستدع اختصاصياً آخر لمباشرة العلاج، وإنما بقي في حيرة من أمره، دون أن يباشر بالعلاج، على الرغم من أن حالة المريض ظلت حرجة وغير مستقرة، يعتبر قد اقترف خطأً كبيراً يفضي إلى نهوض مسؤوليته)).

وتظل حرية الطبيب في اختياره لطريقة العلاج، دون مساس، حتى لو كان المريض، غير موافق على الطريقة التي انتهجها الطبيب، لأن المريض إذا لم يوافق على الطريقة التي لجأ إليها الطبيب، لا يجبر على الخضوع لها، بل يكون له حق الانسحاب؛ أما إذا طبق الطبيب الطريقة التي اختارها وفضلها المريض، فإنه يكون مسؤولاً عن تطبيق هذه الطريقة التي اختارها المريض، لكنه لا يمكن للطبيب أن يركن إلى أقوال المريض ويستند على كلامه لجهله بأصول الفن الطبي[3].

وإذا كان ينبغي على القضاء أن لا يدخل بنقاش مع الطبيب أو الجراح لاتباعه لهذه الطريقة أو تلك من طرق العلاج أو الجراحة، فإن عدم التدخل من جانب القضاء مشروط بضرورة متابعة التقدم والتطور الذي حققه العلم الطبي في إطار العلاج والجراحة الطبية، فالطبيب ملزم بمراعاة هذا التطور وذلك التقدم، ومتى كان الطبيب يمارس أحد التخصصات فإنه ملزم بالاطلاع على التطورات الفنية والأدوية الأكثر فاعلية، وأساليب العلاج الجديدة، وإن حصل وحدث أن أخفق الطبيب في الاطلاع على التطورات الحاصلة في أحد فروع التخصص الطبي قبل وصف العناية والعلاج للمريض، وكان من نتيجة ذلك المزيد من الأضرار بالمريض، فإن مسؤولية

(1) هشام فرعون، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص96؛ د. الجوهري، المرجع السابق، ص402؛ د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص58؛ د. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص، المرجع السابق، ص414؛ د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف161، ص220.

(2) د. الجوهري، المرجع السابق، ص402.

(3) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف161، ص221.

الفشل أو الإخفاق في معرفة أو استعمال هذا التقدم في المعرفة الطبية سيكون الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية للطبيب[1]. وربما يكون الطبيب في موقف صعب للغاية، عندما تقام عليه دعوى في المحكمة، وقد يكون سبب هذا الموقف الصعب التغييرات الفنية أو العلمية التي حصلت في ممارسة العمل الطبي بين الحادثة والمحاكمة التي جرت بعد عدة سنوات من تاريخ الحادثة؛ وأي حكم بالإهمال أو التقصير من قِبَل المحكمة سيقود بالتأكيد إلى حكم آخر بالإهمال أو التقصير إذا تم تكرار الموقف، وبالتالي يصبح اتجاهاً قضائياً سائداً، وخاصة أن المحاكم الدنيا تمحص القرارات السابقة للمحاكم العليا، وعلى أي حال فإن العكس غير صحيح؛ ففي حالة أو قضية معينة، ربما يصدر القاضي حكماً بأنه لم يكن متوقعاً بأن الطبيب يعرف التغيير الذي حدث، وإذا تكرر الموقف، فإن الطبيب (المدعى عليه) اللاحق كان يفترض أنه قد انتبه إلى تجربة الطبيب (المدعى عليه السابق).

وغالباً، ما يكون، من الضروري أن يبين بأن التصرفات أو أعمال الضرر الناجمة عن الإهمال أو التقصير كانت هي الممارسات الطبيعية والصحيحة في وقت الحادثة، لكن المعرفة الطبية تقدمت وحققت تطوراً كبيراً في المسافة الفاصلة بين التصرف الذي سبب الضرر، وجلسة الاستماع التي تعقدها المحكمة[2]. ومن التطبيقات القضائية على ذلك القضية الإنكليزية المعروفة بقية كروفورد ومجلس محافظي مستشفى تشيرنغ كروس التي حدثت عام 1953 Crawford V. Board of Governors of Charing Cross Hospital ففي هذه القضية كانت قد تمت للمريض عملية لرفع المثانة، فتعرضت ذراعه اليمنى للشلل وتم أثناء العملية وضع ذراعه اليسرى في زاوية يمنى من الجسم لغرض إعطائه دماً؛ وقد بقيت الذراع في ذلك الوضع، وبعد زوال أثر المخدر، وجد بأن ذراع المريض اليسرى قد شلت جزئياً بسبب الضرر الذي لحق بعصب العضد. وكان استعمال مثبتات الكتف ووسائل ربط المريض إلى المنضدة الأخرى مقبولاً بشكل عام في ذلك الوقت؛ وقد قدمت الأدلة على أنه حتى عندما يتم إزاحة الذراع في مثل هذه الظروف فإن خطر الإصابة كان أقل من ثلث بالمائة وبأن أية درجة من الشلل كانت زائلة عادة. وقد ادعي نيابة عن المريض بأن الطبيب المخدر الذي حرف الذراع كان يفترض أنه لاحظ مقالاً في مجلة لانسيت Lancet قبل عدة شهور، تمت فيه مناقشة شلل عصب العضد مع ذكر خمس حالات مماثلة كانت قد حدثت؛ ولم يكن الطبيب المدعى عليه قد عرف بهذه المقالة؛ ولذلك كانت وجهة نظر القاضي بأن

(1) لفراد ووهل، الطب العدلي، المرجع السابق، ص431.

(2) جي. آي. كاميرون، كيوبي، مدخل إلى الإهمال في العناية الطبية، المرجع السابق، ص22 ـ 23.

الإخفاق في مجاراة ومراعاة التقدم والاطلاع على ما ينشر في المجلات المهنية نوع من الإهمال والتقصير.

ولقد رفضت محكمة الاستئناف هذا الرأي وأكدت بأن الأمر، يعني وضع عبء كبير جداً على كاهل الأطباء، إذا طلب منهم قراءة كل مقالة في الصحافة الطبية، ولغياب أدلة أخرى تثبت وجود التقصير، فقد تم رفض طلب المدعي للحصول على التعويضات[1].

وفي قضية وايتفورد وهونتير وغليد Whiteford V. Hunter and Gleed (1949) كان المريض يعاني من انحباس البول في المثانة، اعتقد بأنه كان بسبب توسع في غدة البروستات؛ وقد تم تفريغ المثانة من البول وإعداد المريض لعملية ثانية؛ وفي العملية فحص الجراح المثانة المفتوحة بالعين المجردة وبيده، فوجد كتلة ليفية في المثانة بحجم يد الرجل وتم تشخيص ذلك على أنه ورم سرطاني لا يمكن إجراء عملية له، بيد أنه لم يكن قد تقيح بعد؛ ولم تؤخذ شريحة حية من هذا الورم للفحص المجهري، وقد تم إبلاغه المريض بحالته فترك أعماله في لندن وذهب إلى أمريكا ليعيش ما تبقى من عمره. وفي أمريكا وجد جراح آخر أنه مصاب بالتهاب المثانة وليس هناك ورم خبيث، فعند فحص جزء من نسيج المثانة وجد أن أنبوب المثانة كان مملوءاً بمادة كلسية.

وقد أكد القاضي الذي سمع دعوى التقصير بأن الجراح الأول كان مقصراً في إعطاء رأيه بدون أخذ شريحة حية للفحص وإجراء فحص بناظور المثانة للتوصل إلى التشخيص الصحيح؛ وقد تم منح تعويضات للمريض عن الألم والمعاناة والخسارة المالية الناجمة عن ترك بيته والرحيل إلى أمريكا.

لكن محكمة الاستئناف نقضت هذا القرار، فالطبيب كان قد فحص المثانة بصرياً أثناء العملية وبذلك يكون الفحص بالناظور غير ضروري؛ وكان الجراح قد أعطى أسباباً لعدم أخذ شريحة حية للدراسة من ورم لم يكن قد تقيح بعد، من خلال الغشاء المخاطي الذي كان ملتصقاً بعمق في جدار المثانة. وقد أيّد مجلس اللوردات قرار محكمة الاستئناف، وقيل حتى لو كان الفحص بالناظور خطوة ضرورية في التشخيص وبأن الإخفاق في استعمال الناظور مؤشر على الإهمال، فإن الجراح لم يكن مهملاً عندها، لأنه في ذلك الوقت لم يكن الناظور الخاص بالمثانة متوافراً في إنكلترا، كذلك فإن فحص شريحة حية كان خارج الموضوع لأن الأجهزة اللازمة لذلك لم تكن متوافرة بشكل عام؛ فالجراح كان قد تصرف طبقاً للممارسة

(1) لفراد ووهل، الطب العدلي، المرجع السابق، ص434؛ دي أي. كاميرون، كيوبي، مدخل إلى الإهمال في العناية الطبية، المرجع السابق، ص23.

الجراحية المقبولة بشكل عام؛ في ذلك الوقت أي عام 1949. فالتشخيص الصحي تم التوصل إليه باستعمال أساليب طبية متقدمة. وهذه الدعوى توضح أهمية التوصل إلى تكهن قائم على أسس صلبة ومعقولة[1].

ويمكن أن نستخلص من القضايا السابقة، بأن مواكبة التطور في الطب واجب أساسي في علم متقدم ومتطور باضطراد، وامتلاك أحدث أنواع المعلومات هو الوجه الآخر للعملية، التي تقضي بأنه يجب أن نحكم على الطبيب بمدى معرفته في وقت الحادث، حيث ينبغي عليه أن يمتلك مثل هذه المعرفة. وإذا كان من الصعب على الطبيب أن يتابع كل التطورات التي حدثت في مجال علم الطب، فعلى الأقل، وهذا أضعف الإيمان، يلزم بأن يكون على معرفة بالطرق المهمة التي استحدثت، ولكن ليس بالضرورة أن يواكب كل شيء تمت كتابته في آخر دقيقة؛ وأن معظم ما يكتب بخصوص أحدث التطورات، يكون في بداية الأمر موضوع جدل بحد ذاته، ثم إنه لا يمكن اعتبار كل مقالة في مجلة معينة لكاتب يتبنى أسلوباً في الجراحة أو طريقة في المعالجة أنها الطريقة التي يجب أن يتصرف بموجبها كل طبيب، وعلى العكس فإن معظم الأطباء لن يغيروا طريقة علاج جربوها بشكل جيد، ما لم يتبين لهم بأن هناك طريقة جديدة من المحتمل أن تؤدي إلى نتائج أفضل، ومن المؤكد إنه لعبء ثقيل على كاهل الطبيب في حالة إلزامه بقراءة كل مقال تنشره الصحافة الطبية وأنه من الخطأ الفادح القول بأن الطبيب أو الجراح يعتبر مهملاً لأنه لم يطبق المقترحات التي قدمها أحد الكتاب في مجلة طبية، وخاصة أن المقترحات الجديدة تتطلب وقتاً طويلاً يتم فيه اختبارها لكي تصبح طريقة جديدة ومعروفة ومقبولة بشكل جيد مما يؤدي إلى اعتمادها. ولكن الطبيب ملزم بأن يكون على معرفة بالطرق المهمة والمستحدثة والمجربة، لأن التصرف بطريقة مخالفة ولجوئه إلى طرق قديمة في العلاج والجراحة تخلى عنها نظراؤه أو أقرانه من شأنه أن يفضي إلى نهوض مسؤوليته.

ولكن هل يجوز للطبيب أو الجراح أن ينتهج طرقاً وأساليب خطرة في حقل العلاج أو الجراحة؟ وبعبارة أخرى، هل إن الطبيب أو الجراح حر في اختياره للأساليب والطرق الخطرة، دون أن يكون للقضاء الحق في مناقشته في سبب انتهاجه واختياره لمثل هذه الطرق؟ إن الطبيب أو الجراح حر في اختياره لطريقة العلاج المناسبة كما يراها، ولكن هذه الحرية تتوقف على ضرورة خضوع الطبيب أو الجراح لقواعد الحذر اليقظة والحيطة؛ فالطبيب ملزم بأن لا يعرض مريضه لخطر لا تقتضيه حالته

(1) لفراد ووهل، الطب العدلي، المرجع السابق، ص434.

الصحية، أو لا يتناسب مع الفائدة المبتغاة التي يمكن أن تنجم عنه، ذلك أن المهنة الطبية وليدة الضرورة، ولا يمكن أن يكون للطبيب حق التصرف في أجسام البشر دون أن يتقيد هذا الحق بفائدة المريض؛ فمصلحة المريض تأبى تعريضه لأخطار علاج لا فائدة منها ولا مبرر لها[1]. لذلك يتحتم على الطبيب أن يوازن بين المخاطر المتمخضة عن الطريقة العلاجية أو الجراحية وبين المخاطر الناجمة عن الحالة المرضية التي يعاني منها المريض، فإذا كانت الحالة المرضية ميئوساً منها وأن المرض يهدد حياة المريض بالخطر، وأن نتيجته ومآله الطبيعي هي الوفاة، ففي هذه الحالة تكون أمام الطبيب حرية واسعة في اختياره طريقة العلاج التي يرى فيها الفرصة الأخيرة أو الإنقاذ الأخير، الذي لا بديل له لحياة المريض، والسبب في ذلك أن مخاطر الداء أكبر من مخاطر الدواء أي أن هذه الطريقة الوحيدة والتي لا بديل لها لن يكون لها من الأخطار أكثر من خطر المرض نفسه إذا كان فتاكاً. وعلى العكس إذا كانت الحالة المرضية ليس ميئوساً منها وأن المرض أو الداء لن يهدد حياة المريض بالخطر، وأن نتيجته ومآله الطبيعي ليس الوفاة، ففي هذه الحالة لا تكون أمام الطبيب الحرية الواسعة في اختياره لطريقة العلاج أو الجراحة، بل تكون حريته مقيدة، لأن مخاطر الدواء تصبح أكبر من مخاطر الداء، وليس هناك سبب للّجوء إلى الطرق العلاجية الخطرة التي تعرض حياة المريض للخطر وتهدده بالموت، فمتى شعر الطبيب أن في العلاج أو الجراحة خطراً على حياة المريض، يتحتم عليه استبعاد هذه الجراحة أو ذلك العلاج[2].

ويلاحظ أن الطبيب لا يمكنه الخلاص من المسؤولية، إذا كانت الطريقة التي انتهجها والعلاج الذي وصفه أو الجراحة التي قام بإجرائها تنطوي على بعض المخاطر، وذلك بأن يدفع مسؤوليته، بأنه نبه المريض إلى هذه العواقب وتلك المخاطر أو أنه أخذ رضى المريض أو أهله عن هذه المخاطر السيئة وتلك العواقب الوخيمة، وإنما يتحتم أن تكون حالة المريض تقتضي تعريضه لمثل هذه المخاطر، وبعبارة أخرى، ينبغي أن تكون الحالة المرضية للمريض بحاجة إلى هذا الدواء أو ذلك العلاج أو تلك الجراحة على الرغم من المخاطر الموجودة في هذه الجراحة أو ذلك الدواء[3].

وقد ذهب بعض رجال الفقه إلى ربط التزام الطبيب في الإطار بواجب أرباب المهن في رفض التعاقد متى تبين لهم على ضوء علمهم وفنهم وخبرتهم أن قيامهم بتنفيذ العقد

---

(1) د. وديع فرج، المرجع السابق، ص430؛ د. الأبراشي، المرجع السابق، ص274؛ د. الجوهري، المرجع السابق، ص402؛ د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف162، ص222.

(2) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص275؛ نفس المعنى، د. الجوهري، المرجع السابق، ص402؛ وقارن د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف162، ص223.

(3) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف162، ص222.

المزمع إبرامه ينطوي على مخاطر على المتعاقد معهم، فكما يرفض المهندس البناء على أرض رخوة (هشة) لا تطيقه كذلك الطبيب يجب عليه أن يرفض تعريض حياة المريض لأخطار دواء أو جراحة لا تتناسب مع فائدته[1].

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي على استخدام الطبيب لطرق علاجية خطرة ما قضت به محكمة نيس المدنية، حيث قررت مسؤولية الطبيب لأنه لجأ إلى طريقة في العلاج، لم تكن هي الطريقة الوحيدة الممكنة، حيث كان هناك أربع طرق بديلة من بينها واحدة تنخفض فيها تماماً درجة المخاطر، لتصل إلى 3٪ وتؤدي إلى نتائج مرضية[2].

وقضت محكمة مارسيليا: بمسؤولية الجراح الذي لجأ إلى التخدير العام للمريض، من أجل معالجة التهاب بسيط. وقضت محكمة باريس بأنه على الطبيب ألا يلجأ إلى استعمال طريقة في العلاج تتجاوز مخاطرها الهدف المرجو الوصول إليه حتى ولو طلب اللجوء إلى هذه الطريقة[3].

المطلب الثاني: نقص العناية الطبية والأخطاء الواقعة أثناء مباشرة العلاج

بعد أن يستقر الطبيب على الطريقة العلاجية التي اختارها، يبدأ بمباشرة العلاج، وبديهي أن الطبيب لا يسأل عن قيامه بالعلاج المطابق للأصول العلمية، فلا تنهض مسؤوليته عن الآثار السيئة الناجمة عن هذا العلاج إلا إذا أقيم الدليل على وجود خطأ يستنتج من الإهمال الذي حدث من جانب الطبيب أثناء قيامه بمهمته.

ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى أن حالات الإهمال لا تنقطع ولا تنتهي، فمن المستحيل وضع قائمة شاملة تضم حوادث الإهمال الطبي، إذ إن مثل هذه الحوادث أو الحالات تزداد بتقدم تكنولوجيا الطب. لذلك يمكن القول إن الطبيب غير مسؤول عن الأخطاء عندما يقع في غلط في تقدير طبيعة المرض وتشخيصه أو أسلوب العلاج، ما دام معتمداً على الحد الأدنى من المهارة والعناية وعدم مخالفة الواجب الملقى على كاهله، إذ لا يمكن تجنب الإهمال. فقد يخطئ الطبيب في التشخيص أو في أسلوب العلاج دون أن يكون مهملاً حتى لو كان في إمكان زميل له تحقيق قدر أكبر من النجاح، ولا يلزم الطبيب بتقديم العناية الفضلى، ولكن يلزم بتقديم العناية المناسبة التي تتفق ومنزلته المهنية؛ والسبب في ذلك أنه لا يتوقع من الأطباء أن يكونوا على دراية بكل

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص273.
(2) محكمة نيس المدنية، في 16 كانون الثاني (يناير) 1954، دالوز 1954، ص179.
(3) مشار إلى هذين القرارين في مؤلف د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ص222 و223.

تطور في العلوم الطبية، وإنما يتوقع منهم أن يسايروا المبادئ العامة واتباع الأساليب العلمية في العلاج[1].

ويلاحظ أن لنقص العناية الطبية وللأخطاء الواقعة أثناء مباشرة الطبيب العلاج للمريض صوراً عديدة لا تكاد تقع تحت الحصر[2]، هناك مجال واسع لأخطاء المعالجة، فمن أكثر أنواع الإخفاق وقوعاً عدم لجوء الطبيب إلى التحليلات المختبرية أو الكشف بالأشعة، أو لجوئه إلى ذلك ولكنه وقع في الاشتباه في الكسور خاصة بالنسبة للجمجمة، فمثل هذه الحالات خطأ يسأل الطبيب عن نتائجه، وتتعدد أخطاء المعالجة، عندما يتعلق الأمر بالأطفال، خاصة بشأن الإسعافات الجوفية الدقيقة والحادة وعدوى الصدر، بتر طرف أو إصبع بشكل خاطئ أو بتر الإصبع أو العضو غير المقصود أو إجراء عملية في غير المريض المقصود، وعدم الاهتمام بالملاحظات التي تدون في المستشفى عن حالة المريض والفشل في عملية تدقيق هذه الملاحظات في الميدان العملي يعتبر من الأسباب العامة التي تؤدي إلى الوقوع في مثل هذه النكبات أو في مثل هذه الكوارث بشكل كبير، وكذلك الإبقاء على مواد موضوعة لأجل العملية الجراحية، كقطع المسح، الرزم، المناشف، الأدوات التي قد تُترك في جوف المريض بعد إجراء العملية الجراحية، ومسؤولية تبقى واقعة على عاتق الجراح، حتى لو كانت هذه القطع ملقاة على عاتق المرضة أو مساعد الجراح، وكذلك نقل دم غير موافق لدم المريض أو إعطاء أدوية أو حقن خاطئة، وكسر إبر حقن الأدوية، والشلل عن الحركة بسبب جبائر (الجبس)، والإصابة بالغرغرين بسبب قوالب الجبس، واحتراق أشعة إكس، وحقن الإبر، وتصريف الإدرار وخفض الحرارة، والحروق التي تتأتى عن قناني المياه الحارة.. جميعها تشكل أمثلة للإهمال، وكثير من صور العلاج تلازمها مخاطر، ولكن مثل هذه الصور لا تعطي أي دليل على الإهمال ما لم يفشل الطبيب في لفت انتباه المريض إلى المخاطر المحتملة الوقوع، فعندما يترتب على عمليات جراحية معينة مخاطر معروفة ومحتملة الوقوع كعجز الحنجرة والغدة الدرقية يجب اتخاذ عناية خاصة، وعندما تسمح حالة المريض النفسية، يجب توضيح المخاطر التي يمكن أن يواجهها المريض مسبقاً؛ كذلك العقاقير ذات الأخطار المتوقعة والمعروفة جداً.. يجب التعامل بها بعناية شديدة، فمثلاً يكون الطبيب مهملاً إذا ما أعطى البنسلين لمريض لديه حساسية ضد هذا الدواء، إذا ما كان عالماً بإمكانية تعرض المريض للحساسية ولم يستعلم عن وجودها، فالمواد الطبية المعروف عنها بأنها تسبب رد فعل مميت أو

(1) برنارد نايت، الجوانب القانونية للممارسة الطبية، المرجع السابق، ص51.
(2) أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، فـ72، ص43.

أخطر يجب أن تعطى بعد فحص مسبق للتأكد من أن الحقنات السابقة للدواء قد أعطيت دون أن تحدث رد فعل مؤذٍ قد يؤدي إلى كارثة[1].

ويسأل الطبيب عن التقصير أو الإهمال سواء أكان طبيباً عادياً (ممارساً عاماً) أم متخصصاً ومسؤولية الاختصاصي في إطار المعالجة الطبية أشد من مسؤولية الطبيب العادي، فكلما أعطي لأحد الأطباء امتياز تم تحديد واجبات والتزامات إضافية له، ولكن يقع على جميع الأطباء دون استثناء واجب تقديم العناية الطبية وذلك ببذل الجهد والمهارة والحذر والحيطة، فالطبيب المتخرج تواً، لا يستثنى من تقديم العناية الطبية اللائقة أثناء المعالجة، فهذا الطبيب يقع عليه واجب وصف الأدوية بشكل صحيح لأغراض الاستعمال من قِبَل المرضى، وعكس ذلك يعتبر منتهكاً للواجب الذي تم لأجله إصدار الإجازة الطبية. وانتهاك الواجب يعد إهمالاً مما يؤدي إلى حدوث أضرار، وبالتالي يترتب عليها تعويض المريض الذي لحق به الأذى، ولكن يطلب من الأطباء الاختصاصيين بذل مستوى عالٍ من العناية أثناء القيام بالمعالجة، فعلى الطبيب الاختصاصي أن يبذل درجة أعلى من العناية في معالجة المريض أكثر مما متوقع من الطبيب العادي أو أي عضو آخر من أعضاء الكادر الطبي المساعد مما له تدريب ومؤهلات أقل. فالمعايير الحالية التي يحكم بها سلوك الطبيب تجاه المريض تقيم بموجب تلك الدرجة من العناية التي يقدمها الأطباء ضمن نفس التخصص الذي يمارسونه وتحت نفس الظروف وما يشابهها[2].

المطلب الثالث: مستوى العناية الطبية المطلوب تقديمها إلى المريض

على الرغم من أنه لا يتوقع من الطبيب الممارس أن تكون له نفس معرفة الطبيب الاختصاصي في جراحة الجملة العصبية، إلا أنه إذا حاول هذا الطبيب العادي (الطبيب الممارس العام) تنفيذ إجراءات طبية في مثل هذا التخصص (جراحة الجملة العصبية) خارج حدود مقدرته، فالمطلوب منه في هذه الحالة، تلك الدرجة من المعرفة والمهارة والخبرة المطلوبة من جراح الأعصاب؛ والاستثناء الوحيد لهذا المبدأ القانوني، هي القاعدة المنطبقة على حالة الطوارئ. ويجب أن يلاحظ أن من ليس له اختصاص في فرع معين من فروع الطب، بل يمارس الطب العام، أو له اختصاص معين وعرضت عليه حالة مرضية ليست من اختصاصه، له الحق بإحالة مريضه، وبالأحرى عليه واجب إحالة هذا المريض إلى طبيب اختصاصي، إذا كان يعرف، أو يجب أن يعرف، أن الحالة المرضية

(1) برنارد نايت، الجوانب القانونية للممارسة الطبية، المرجع السابق، ص54.
(2) لنراد ووهل، الطب العدلي، المرجع السابق، ص419.

التي تجابهه حالياً هي خارج حدود قدرته ومعرفته وتدريبه أو قدرته على معالجتها، فإذا تولى مهمة العلاج فإنه لا يقبل منه الدفع بعدم اختصاصه[1].

فالقاعدة القديمة التي تقضي بأنه مطلوب من الطبيب تلك الدرجة من المهارة والعناية التي يمتلكها الأطباء من نفس كلية الطب في المنطقة المعينة التي يمارس فيها الطب؛ لم يعد لها وجود بسبب الترخيص أو التفويض القومي لكليات الطب والمستشفيات. لذلك فالمطلوب في الوقت الحاضر هو نفس مستوى العناية والعلاج في جميع المستشفيات المجازة على الصعيد العراقي أو التي لها تفويض على المستوى القومي، فهذا المستوى مطلوب من خريج الكلية الطبية المجازة ويجب أن يقدم نفس العلاج والعناية التي يقدمها الطبيب إلى المريض في بغداد أو البصرة أو الموصل، أو الأنبار أو أية قرية أو مدينة قريبة دون تمييز بينهم في إعطاء مثل العناية الطبية للمرضى.

والأخطاء الطبية أثناء مرحلة العلاج كثيرة ومتنوعة منها أخطاء فنية وأخرى أخطاء عادية. والطبيب مسؤول عن كلا النوعين من الأخطاء، فهو يسأل في حالة ما إذا كان العلاج بالأشعة قد تسبب في حروق والتهابات جلدية في جسم المريض، ويسأل الطبيب الجراح في حالة عدم قيامه بإجراء تحليلات مختبرية على دم المريض ليتبين له مدى تقبل هذا الدم للتخثر من عدمه قبل إقدامه على إجراء العمليات، ويسأل الطبيب الجراح عن عواقب العملية الجراحية كحدوث نزف دموي أودى بحياة المريض. ويسأل اختصاصي الأسنان الذي يقدم على قلع ضرس أو سن لشيخ كبير طاعن في السن عما قد يتمخض عن هذه العملية من عواقب وخيمة وآثار سيئة ومضاعفات خطيرة إذا كان هذا الرجل الطاعن في السن مصاباً بداء القلب أو بارتفاع ضغط الدم حتى لو كان هذا الشيخ قد ألح عليه وطلب منه خلع السن أو ذلك الضرس، والسبب في ذلك هو أنه كان على طبيب الأسنان في مثل هذه الحالة أن يتيقن من عدم إصابة هذا المريض بداء القلب أو بعلة ارتفاع ضغط الدم، إذ كان ينبغي على هذا الطبيب أن يتلقى تقريراً من طبيب اختصاصي يسمح له بخلع سن هذا الشيخ باستخدام مخدر معين[2]. ويلاحظ أن الأصل في مسؤولية الطبيب الجراح لا تنهض إلا إذا كان الخطأ الذي اقترفه يعد خرقاً للأصول الفنية والقواعد العلمية المستقرة في علم الطب، واتصف مسلكه بالجهل أو الإهمال الذي لا يمكن أن يقع فيه طبيب جراح من نفس مستواه المهني، سواء أكان هذا في مرحلة الإعداد للعملية الجراحية أم في غضون إجرائها أم في العناية اللازمة أو الواجبة عقب إجرائها؛ ذلك أن طبيعة التزام الجراح في هذا المجال، هو التزام بوسيلة

(1) لغراد ووهل، الطب العدلي، المرجع السابق، ص422.

(2) أستاذنا د. حسن علي ذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف72، ص44.

غير مضمونة النتيجة، غير أن شق البطون وقطع الشرايين وفتح الجمجمة وبتر الأعضاء واستئصالها يقتضي اليقظة والحيطة التي تزيد بقدر ما يتعرض له المريض من الخطر. ولكن طبيعة التدخل الجراحي كثير التشعب، بعيد الأغوار، وفي منتهى الدقة، وتحيط به وتؤثر فيه عوامل كبيرة وكثيرة، ولذلك يستوجب العلاج الجراحي من القاضي لتحديد مسؤولية الطبيب الجراح الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء من أعلام المهنة[1]؛ ليرى ويتيقن من خلال خبرتهم وسماع ما يشيرون به، كيف كان يجب على الجراح الحذر واليقظ المتبصر، الذي يماثل الجراح الذي نسب إليه الخطأ أن يسلك إذا كان محاطاً بنفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب الجراح المنسوب إليه الخطأ[2].

وقد قضي بمسؤولية الطبيب عن قيامه بما يستلزمه الجرح من نظافة وتطهير حتى لا يكون بؤرة للعدوى[3]، وقضي بمسؤولية جراح الأسنان لعدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتفادي رد فعل المريض، فهو مسؤول عن انزلاق الآلة التي يستعملها أثناء تدخله بسبب الحركة المفاجئة للمريض فذلك أمر متوقع ومن الممكن تفاديه[4]. وأيضاً قضي بمسؤولية الطبيب عن موت مريض بسبب انفجار آلة كهربائية كان يستعملها الطبيب حيث كان ينبغي عليه عدم استعمالها بالقرب من جهاز آخر[5].

وكما أشرنا سابقاً، لا يقف التزام الطبيب الجراح عند مجرد إجراء العملية الجراحية وإنما يمتد التزامه بالعناية بالمريض إلى ما بعد إجرائها حتى يتفادى ما يمكن أن يترتب على العملية من نتائج أو مضاعفات، ولذلك قضي باعتبار الجراح مخطئاً لعدم مراعاته وضع سيقان المريض في الوضع الملائم الذي يتناسب مع العملية الجراحية التي أجراها له في الأعصاب، ولم يلفت نظر المريض إلى هذا، مع ما في ذلك من أهمية بالغة حيث يتوقف عليه نجاح العملية أو إخفاقها[6].

وقضي أيضاً بمسؤولية المولدة التي نسيت غسيل عيني المولود بمادة (نترات الفضة) الأمر الذي أدى إلى إصابة المولود بالعمى[7].

---

(1) د. وديع فرج، المرجع السابق، ص433.
(2) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف72، ص44.
(3) نقض فرنسي في 30 تشرين الأول (اكتوبر) 1963، دالوز 1964، ص81.
(4) باريس في 4 مايس (مايو) 1963، دالوز 1964، ص36.
(5) السين في 8 كانون الثاني (يناير) 1964، جازيت دي باليه 1964، 1 ـ 166.
(6) نقض فرنسي في 10 حزيران (يونيو) 1980 الأسبوع القضائي، 1981، 1 ـ 1941.
(7) أشار إليه أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف72، ص44.

وقضي كذلك بمسؤولية الطبيب الذي ترك المريض يعود إلى منزله دون أية مساعدة أو احتياطات عقب إجراء عملية جراحية في عينه، مع علمه بأن المريض سيصعد الطابق الثالث وأن الجرح لا زال حساساً بالدرجة التي يمكن أن تنشأ عنها مضاعفات خطيرة له[1]. وعلى عكس ما ذكرنا من التطبيقات القضائية، فإذا كان تصرف الطبيب الجراح قريباً إلى الصواب بعيداً عن الخطأ أو الإهمال، فلا تثور مسؤوليته أياً كانت نتيجة العلاج الجراحي، والسبب في ذلك هو أن طبيعة التزامه الطبي، التزام بوسيلة، لا يضمن الشفاء للمريض، بل يلتزم ببذل العناية الكافية؛ ولذلك قضي: بأنه لا يعد خطأ ينسب للطبيب الجراح حصول اضطرابات جنسية أو عصبية على أثر إجراء تخدير للمريض لأن الطبيب حر في استعمال طريقة التخدير التي يراها مناسبة للمريض طالما أن تلك الطريقة جاوزت حد التجربة العلمية واستقرت في الميدان العملي[2].

وقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: لا يوجد خطأ إذا أجرى الطبيب عملية لمريض مصاب بمرض في عينيه وقام بتخدير أحد الأعصاب ونتج عن ذلك شلل تام لعصب العين وذلك إذا كانت الطريقة المستعملة بقيت موجودة ولكن تركت ليس خوفاً من خطورتها وإنما لعدم قبول المرضى لها وخوفهم منها[3].

وقد سبق أن ذكرنا بأن القضاء الفرنسي والمصري قد أعفى الطبيب من المسؤولية في حالتي القوة القاهرة والضرورة كأن يوجد الطبيب في ظروف شاذة تستوجب منه السرعة في إجراء العملية، فلم يتمكن من اتخاذ الاحتياطات التي تقتضيها الأصول المهنية في الظروف العادية غير الطارئة؛ ولذلك قضي بأنه: إذا كانت نتيجة العملية الجراحية هي موت المريض فإن ذلك لا يعني المسؤولية المطلقة للجراح، وبشكل خاص إذا أقيم الدليل على أن الوفاة لم تكن نتيجة لخطأ الجراح، وإنما لظروف بعيدة كل البُعد عن ذلك[4].

وقضت محكمة النقض الفرنسي بـ: بعد مسؤولية الطبيب الجراح الذي أجرى عملية جراحية لعين المريض ونتيجة لهذه العملية أصيب المريض بنوع من العمى في العين اليمنى، وذلك لأن حالة المريض قبل إجراء العملية، وطبقاً لما اتفق عليه الخبراء، لم يكن يستبعد معها حدوث التعقيدات التي حدثت، إلا أن ذلك لم يكن متوقعاً بمناسبة

(1) باريس في 15 شباط (فبراير) 1950، الأسبوع القضائي، 1950، 2 ـ 5566.
(2) محكمة إكس 14 شباط (فبراير) 1950، دالوز، 1950، ص322.
(3) نقض مدني فرنسي في 13 مايس (مايو) 1959، دالوز، 1959، ص343.
(4) نقض مدني فرنسي في 15 تموز (يوليو) 1981، دالوز، 1981، ص276.

إجراء العملية، هذا بالرغم من تأكيد الخبراء أن السبب في ذلك الضرر قد تم أثناء العملية[1].

وقضت محكمة الإسكندرية الابتدائية: بأن الطبيب الجراح غير مسؤول إذا ما ثبت أنه اتبع في العلاج كل الوسائل الممكنة، وأن طبيعة العلاج التي باشرها تتفق مع الأصول الفنية، وأن سبب عدم نجاح العملية يعود إلى حالة المصاب العامة[2].

هذا فيما يخص الأخطاء الفنية للأطباء؛ أما فيما يتعلق بشأن الأخطاء العادية غير الفنية، فلها صور عديدة لا تحصى ولا تعد، فقد يسهو الطبيب الجراح، فينسى ويترك قطعة من القطن أو الشاش أو آلة أو أداة صغيرة من آلات أو أدوات الجراحة في جوف المريض، فمثل هذا الإهمال يعد خطأ من جانب الطبيب الجراح، ومع ذلك، فإن بعض العمليات الجراحية لها ظروف خاصة، فقد يقتضي الأمر أن تجري بمنتهى السرعة، لأن التأخير يفاقم خطورة هذه العمليات التي تستوجب السرعة، لذلك، فإذا ما سها الطبيب وترك قطعة من الشاش أو القطن أو أداة من التي يستعملها في الجراحة في جوف المريض، فإن ذلك لا يرتفع إلى مستوى الخطأ، بل مجرد حادث جراحي لا يسأل عنه الطبيب لأن للسرعة قيمتها ودورها في العمليات التي لها من الخطورة الخاصة إذا تأخر إجراؤها[3]. وفي هذا الإطار يقول أستاذنا الدكتور حسن الذنون: ((.. ومع هذا فإنه لم يتح للمحاكم لحد الآن تقدير مدى مسؤولية الطبيب الذي ينسى في بطن مريضه خاتم خطوبته أو زواجه. ولكن أتيح لها النظر في قضية الطبيب الذي نسي سحب ما وضعه من (كمادات) على جرح المريض أو سحب (الغرز) أو الطعنات التي رتق بها هذا الجرح))[4].

ويبدو أن المحاكم تتشدد مع الأطباء الجراحين المهملين وتحملهم شخصياً مسؤولية كل ما يحدث للمريض من وقت غيبوبته بفعل التخدير إلى زمن صحوته، سواء أوقع الخطأ من الجراح أم من المساعدين[5].

وكذلك يسأل الطبيب الجراح الذي يقوم بإجراء العملية الجراحية في غير المكان أو على غير العضو الذي كان في حاجة إلى هذه العملية أو إجرائها في الجانب السليم وليس المعطوب من جسم المريض، كأن يجريها في الجانب الأيمن بدلاً من الجانب الأيسر، في حين كان يتحتم عليه إجراؤها في الأيسر، أو يجريها في الأذن

(1) مذكور في مؤلف الدكتورة وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص63.
(2) مذكور في مؤلف الدكتورة وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص63.
(3) د. وديع فرج، المرجع السابق، ص343.
(4) أستاذنا د. حسين علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف73، ص44.
(5) د. وديع فرج، المرجع السابق، ص434.

اليسرى بدلاً من الأذن اليمنى التي يشكو منها المريض؛ ويسأل طبيب الأسنان الذي يخلع سناً أو ضرساً بدلاً من السن أو الضرس المعطوب الذي يتألم منه المريض؛ فينبغي أن يتشدد القضاء على أمثال هذا الطبيب المهمل وأن يلقي بالمسؤولية على كاهلهم عن كل ضرر ينجم عن هذا الخطأ العادي غير الفني، وأساس ذلك، هو أن ذلك الخطأ لا يجوز من أهل الخبرة من الأطباء وأعلام المهنة. ولكن قد يحاط الطبيب بظروف خاصة طارئة وعاجلة، كأن تكون العملية المطلوب إجراؤها تقتضي منتهى السرعة، فمتى كانت هذه هي الحال، فإن إجراء العملية في غير المكان أو على غير العضو الذي كان في حاجة إلى هذه العملية لا يعد خطأ من الطبيب، ولا تثريب عليه، على شرط أن يكون هذا الطبيب أو ذلك الجراح حسن النية غير مقصر في واجبه[1].

ولا يسعف الطبيب أو الجراح الاحتجاج بأن سلوكه كان طبقاً للعادات الطبية، ذلك أن للقاضي سلطة تقديرية في تقديره لمسؤولية الطبيب، فالقاضي حر في الأخذ بهذه العادات أو عدم الأخذ بها، حتى ولو كانت هذه العادات سائدة ومحل إجماع الأطباء والجراحين، فالقاضي بإمكانه عدم الالتفات إلى هذه العادات، إذا كانت مخالفة لمتطلبات الحيطة والحذر والتعقل[2].

وإذا كانت مسؤولية الطبيب تثور لمجرد إهماله وتقصيره فإنه من باب أولى أن يعد اندفاع الطبيب في الحماس وفي الاعتداد بالنفس، خطأ أكبر قدراً وأوسع درجة من مجرد الإهمال والتقصير، إذ إنه في بعض الحالات يفضي هذا الاعتداد وذلك الاندفاع إلى استعمال دواء أو إجراء تدخل جراحي لا تقتضيه حالة المريض ولا تتحمل صحته هذه الجراحة أو ذلك الدواء، فالطبيب أو الجراح قد يركب رأسه ولا يكبح جماحه وعناده ويصر مستبداً برأيه على معالجة المريض بدواء معين أو إجراء جراحة معينة له، في حين أن طبيعة علة المريض تستلزم إحالته إلى طبيب اختصاصي بنوع المرض الذي يشكو منه المريض أو إحالته إلى مستشفى عام يتوافر فيه الأطباء الاختصاصيون والأجهزة والآلات والمعدات الطبية المعدنية التي تتطلبها حالة هذا المريض وصحته[3].

ويتحتم على الطبيب أو الجراح في جميع الحالات أن يراعي منتهى الدقة واليقظة في وصف العلاج، إذ ينبغي عليه أن يكتبه في تذكرة موضحاً فيها التركيب الكيماوي للدواء وطرق استعماله والجرعة التي يتحتم على السقيم تناولها، وعلى كل حال فإن مسؤولية الطبيب في هذا الإطار لا تثور إلا إذا ثبت تقصيره أو إهماله أو جهله بأصول الفن

(1) أستاذنا د. حسين علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف73، ص44، مكرر.
(2) أستاذنا د. حسين علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف73، ص44.
(3) أستاذنا د. حسين علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف74، ص44.

في اختياره للدواء أو في خطئه في وصفه للدواء أو في تحديد الجرعة لمتعاطيه؛ أما إذا اكتفى الطبيب بتحديد دواء بجرعة أزيد قليلاً من المعتاد لكي يكون مفعول تأثيره أقوى فإنه لا يقترف خطأ ما طالما أن الزيادة في الجرعة أو طريقة تعاطيه لم تخرج عن الحد المعقول والمألوف المتفق مع ما تتطلبه الأصول العلمية، غير أنه نجم عن هذه الجرعة الزائدة عواقب وخيمة أثرت تأثيراً سيئاً في المريض المتعاطي لهذه الجرعة الزائدة، نتيجة حساسية خاصة في جسمه لم يكن في قدرة الطبيب أن يتبيّنها[1].

ولكن، يُسأل الطبيب الذي يصف دواء ذا خصائص سامة دون بيان كيفية وشروط تعاطيه، إذ يتحتم عليه، وبشكل خاص، في مثل هذه الحالة، أن يلفت نظر المريض والمحيطين به، وذلك بتحذيرهم من خطر هذه العقاقير الخطيرة والسامة، بأن يبين لهم كيفية استعمالها والمقدار المطلوب تعاطيه، وكيفية المحافظة على هذه العقاقير، وأن ينبههم بخطورة تجاوز تعليماته حتى لا يقع المريض في خطأ تكون نتيجته إزهاق روح إنسان[2]؛ وعلى هذا الأساس قضت محكمة ليون، بأن الطبيب الذي يقوم بوصف دواء سام للمريض، أو قابل لأن يصبح كذلك، بسبب الحساسية الخاصة بالمريض، يكون مخطئاً إذا لم يقم بتقديم تنبيهات خاصة بهذا الأمر ولم يلفت انتباه المريض والقائمين على رعايته إلى كيفية استعمال هذا العلاج، وضرورة الاحتراس من آثاره[3]. وقضت محكمة النقض المصرية بأنه: إذا قام الطبيب بمزج الدواء بمحلول الطرطير بدلاً من الماء المقطر الذي كان يتعين مزجه فإنه يكون قد أخطأ سواء كان قد وقع في هذا الخطأ وحده أو اشتركت معه ممرضة فيه، وبالتالي وجبت مساءلته في الحالتين، لأن الخطأ المشترك لا يجبّ مسؤوليته أي من المشاركين فيه، ولأن استيثاق الطبيب من كنه الدواء الذي يتناوله المريض أو في ما يطلب منه في مقام بذل العناية في شفائه، وبالتالي فإن تقاعسه عن تحريه والتحرز فيه والاحتياط له يعد إهمالاً يخالف كل قواعد المهنة وتعاليمها وعليه أن يتحمل وزره[4].

ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى أنه، إذا كان الطبيب ملزماً، عندما يصف عقاقير ذات خصائص سامة، بأن ينبه المريض إلى ذلك ويحدد له على الدقة الجرعة

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص271؛ قارن د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص134.
(2) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص272؛ قارن د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص134؛ نفس المعنى، د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف164 ص227؛ قارن د. الجوهري، المرجع السابق، ص405؛ د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص47.
(3) حكم محكمة ليون 1893، دالوز الدوري 1895، 2 ـ 199، أشار إليه د. عبدالرشيد مامون، عقد العلاج، المرجع السابق، ص227 هامش رقم 2.
(4) نقض جنائي مصري، في 20 نيسان (إبريل) 1970، المحاماة السنة 21 ص626.

التي يتناولها، ولكن ليس عليه أن يلازم المريض ليراقب تنفيذ تعليماته، وإلا تعذر عليه أن يباشر مهنته، فالطبيب لا عليه سوى تنبيه المريض إلى مخاطر الدواء وأن يراقب عن كثب تأثيره فيه لكي يوجه العلاج بالشكل الذي يناسب حالته؛ ولا يخلص الطبيب من المسؤولية، إذا كان الدواء الذي وصفه للمريض ينطوي على بعض المخاطر على حياة المريض، بمجرد تحذيره للمريض أو أخذ موافقته عليه، بل يتحتم أن تكون حالة المريض الصحية تقتضي تعريضه لتلك المخاطر(1).

الخلاصة:

يهدف العلاج إلى شفاء المريض، ولكن عدم شفائه لا يعتبر دليلاً على وجود الخطأ في العلاج، إذ من الضروري إقامة الدليل على وجود الخطأ من جانب الطبيب، وبناءً على هذا لا يعتبر الطبيب مخطئاً، عندما يكون الضرر الذي لحق بالمريض، أساسه خطأ وقع من المضرور نفسه أو من ظروف غير متوقعة، بيد أنه إذا كان الطبيب غير مسؤول عن خطأ المريض، فإن من الضروري عدم مقترفة الطبيب لأي خطأ أو إهمال في اختياره لطريقة العلاج أو مباشرته لهذا العلاج، وبناءً على هذا تترتب مسؤولية الطبيب إذا أخطأ في طريقة العلاج أو في العلاج ذاته أو في تحرير التذكرة الطبية أو في التعليمات أو الإرشادات التي نصح بها المريض، فإذا كان تحديد طريقة العلاج والإرشادات الطبية أمر يستقل به الطبيب المعالج أو الجراح، فلا يسأل أي منهما إذا وصف لمريضه دواءً متعارفاً، أو مسموحاً طبياً بتناوله، أو استعماله بطريقة تقليدية في إجراء العملية أو بطريقة جديدة لم تتجاوز حد التجربة الجراحية ولم تدرج في الميدان العلمي، فإن القيد الذي وضعه القضاء على حرية الطبيب في تحديد طريقة العلاج أو الجراحة قيد عادل ومنطقي، ذلك لأن الهدف من العلاج أو الجراحة - كما أسلفنا - هو شفاء المريض، فإذا كان من الممكن الوصول إلى هذا الهدف بطريقة آمنة، فإنه من غير المنطقي أن يلجأ الطبيب أو الجراح إلى وصف علاج أو إجراء جراحة ينطويان على الخطورة، وبالرغم من أن علم الطب يضع تحت يده طرقاً وأساليب أكثر أماناً وفعالية وأقل خطورة؛ وفي حالة استنفاد الطبيب أو الجراح لجميع الطرق التقليدية، فإنه من الممكن أن يلجأ إلى طرق جديدة، ولا يتردد في ذلك، إذا كانت حالة المريض الصحية تقتضي اللجوء إلى هذه الطريقة، بشرط أن تكون الطريقة مناسبة لنوع مريضه، وملائمة لحالته ووضعه، وذلك لكي يخفف من آلام المريض، ولكن يلزمه في هذه الحالة أن يبذل قصارى جهده لكي يحقق أحسن النتائج وأفضلها، ولا يسأل عن الآثار

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص273.

التي تتمخض عن استعماله لهذه الطرق. ولكن عليه أن يوازن بين مخاطر الطريقة التي لجأ إليها وخطر الحالة المرضية، وهناك فرق كبير بين تجربة طريقة جديدة في العلاج أو الجراحة تهدف إلى تحقيق نتائج علمية محضة، حتى لو أودت بحياة المريض وبين طريقة جديدة تهدف إلى تحقيق أفضل النتائج لغرض شفاء المريض أو التخفيف من آلامه، عند استنفاد جميع الطرق التقليدية، ويمكن القول أن الهدف في الحالة الأولى غير مشروع، أما الهدف في الحالة الثانية فهو أمر مشروع. ويمكن القول أن كل طريقة جديدة في العلاج أو الجراحة تنطوي دائماً على جزء تجريبي. وعلى الطبيب أن ينفذ الطريقة التي اطمأن إليها بكل دقة وحذر وحيطة لأن أي خطأ يقترفه أثناء قيامه بالعلاج أو الجراحة يفضي إلى ترتيب مسؤوليته.

وتتجلى مسؤولية الطبيب في وصفه للمواد السامة سواء أكان مفعولها عاجلاً أم آجلاً، إذ عليه أن يتصرف بدقة وروية وانتباه، وأن يتخذ جميع الاحتياطات اللازمة عند وصفه لهذه الأدوية الخطرة، فينبغي أن يفحص المريض وأن يتثبت من قدرة المريض على تحمل العلاج وأن يوضح تعليماته في كيفية استعمال العلاج، وأن يلاحظ حالة المريض وتأثير العلاج فور استعماله، ولا تتحقق المسؤولية إلا إذا كان الضرر نتيجة استعمال العلاج لا نتيجة تطور المرض ذاته، وقد تكون المسؤولية مشتركة بين الطبيب والصيدلي، في حالة وصف الطبيب دواء ساماً للمريض والجرعة الموصوفة تتجاوز الحد الأعلى لاستعماله، فإنه يتحتم على الصيدلي مراجعة الطبيب أو الاتصال به والتشاور معه في هذا الشأن كما لو وصف الطبيب كربونات البريوم بدلاً من سلفات البريوم. ولا يمكن القول بأن عدم التفات الصيدلي إلى خطأ الطبيب في وصفه للعلاج، وصرف العلاج للمريض من قِبَل الصيدلي رغم خطأ الطبيب، يجعل الطبيب مسؤولاً فقط ويعفي الصيدلي، إذ إن كلاً من الخطأين (خطأ الطبيب وخطأ الصيدلي) متصل بالضرر، ولو أن خطأ الطبيب هو الأساس وأشد من خطأ الصيدلي.

الفرع الرابع : الخطأ في جراحة التجميل

ينبغي على الطبيب أن يهدف من وراء تدخله إلى شفاء المريض وتخفيف أوجاعه، وأن لا يجازف باستعمال علاج أو جراحة تنجم عنها آثار سيئة أو مخاطر وخيمة قد لا تؤمن مغبتها إلا إذا كانت حالة المريض تقتضي ذلك، ويجب أن تكون خطورة العلاج تتناسب مع خطورة المرض، وأن عدم التناسب بين المخاطر المحتملة والفوائد المتوقعة يعد خطأ إذا لم يأخذ الطبيب ذلك في الاعتبار.

ولكن تطور الحياة وبشكل خاص بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية، وما نتج عنهما من معوقين ومشوهين، أفضى إلى ظهور نوع جديد من الجراحة لا يهدف إلى شفاء علة من العلل، بل يهدف إلى إصلاح تشويه لا ينجم عنه ضرر يؤذي صحة الأجسام في شيء.

ومن الجدير بالذكر أن جراحة التجميل ليست حديثة العهد بالمعرفة، فقد كانت لها تطبيقات منذ القدم[1]، ولكنها كانت جراحة بدائية لم تتجاوز دور الطفولة، إذ لم تكن قواعد هذا الفن الجراحي منظمة كما هو الحال في الوقت الحاضر، ولم يكن هذا الضرب من ضروب الجراحة وأسسه قد استقرت بعد[2]. ولكنها أخذت بعد الحربين العظيمين شكلاً منظماً بحيث رست أصولها واستقرت أسسها. فالحروب أصبحت مصدراً مهماً ومحزناً من مصادر التشوهات الجسمانية، والتشوهات الجسمانية لا تنجم فقط بسبب الحروب، بل هي تطرأ بسبب الحوادث الأخرى، قد تكون حوادث عمل أو حوادث طرق، أو حوادث الرياضة الخطرة، وقد ينجم التشوه الجسمي بسبب الإرهاق العصبي الزائد أو بسبب سوء التغذية أو الإفراط في التغذية وما ينشأ عنها أحياناً من سمنة سيئة في بعض مواطن الجسد بل قد تكون التشوهات نتيجة عوامل وراثية، لذلك فإن حالة الحرب وحالات الحوادث المذكورتين تقتضي وبالضرورة تدخل الجراحين التجميليين لإنقاذ جسد الإنسان مما أصابه من تشوهات جسمية. أما في الحالات العادية غير الخطرة فإن جراحة التجميل التي تهدف إلى تصحيح جمال الإنسان مما خلفه الدهر لا يجوز رفضها لأن الجمال في حد ذاته قيمة اجتماعية لا حرج من السعي ورائها. فالناس وبشكل خاص النساء منهم لا يرضين بما قسم الله لهن من جمال، فالعجوز ترغب في أن تصبح شابة، والبدينة تتمنى لو أضحت هيفاء ممشوقة القوام، تود القصيرة منهن لو طالت والطويلة لو قصرت والسمراء لو ابيضت والبيضاء لو لفحتها الشمس... إلخ[3].

ولكن في الحالات العادية غير الخطيرة فإن التصحيح الحالي الذي لا تقتضيه الضرورة أو الحاجة الملحة يحتم على الجراح التجميلي أن يتحرز في إجرائه، وأن يوازن بين أهمية التشوه وخطورة الجراحة التجميلية وألا يقدم على تحقيق نفع محدود بثمن باهظ محتمل قد يؤدي إلى وفاة الشخص الذي رغب في إجراء الجراحة التجميلية، لمجرد الجمال ذاته وليس بسبب علة مرضية يعاني منها. ومما لا شك فيه أن كثيراً من

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص292.

(2) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف86، ص51.

(3) د. الأبراشي، المصدر السابق، ص292.

الحالات يرقى فيها التشوه الخلقي أو الطارئ إلى درجة العلة المرضية، بل في بعض الأحيان قد يكون التشوه أشد بأساً وأكثر إيلاماً من بعض الأمراض المعروفة كما في حالة مشوهي الحرب ممن اضطرت بعض الدول إلى إخفائهم في أمكنة خاصة عن أعين الجمهور حتى لا تؤذي الأحياء بمنظرهم المريع فيبث فيهم روح السخط على الأنظمة والجبن عن الدفاع عن الأوطان[1] وعلى هذا الأساس فإن بعض التشوهات تصل إلى حد لا يمكن الجدل في ضرورة وأهمية إزالتها أو التخفيف منها[2]. ولكل ما تقدم، فقد بدأت مشاكل جراحة التجميل بشكلها المنظم واستقرت أصولها وتعاليمها وأسسها في نهاية القرن التاسع عشر، وقد ازدادت أهميتها بعد الحرب العالمية الأولى، وتعاظمت أهميتها واتسع نطاقها بعد الحرب العالمية الثانية، حيث تزايدت الإصابات واضطردت معها حالات التشوه، وقد وجد الجراحون من الأطباء خلال ذلك ضرورة حيوية في إجراء إصلاحات ومحاولات لتجميل ما خلفته إصابات الحرب من مآسٍ، وقد كانت غاية الجراحين من وراء محاولاتهم التخفيف عن بعض المرضى الذين يعانون من تشوهات جسمانية وخلقية تنغص عليهم حياتهم، وقد نجحت هذه الجراحة في مواجهة هذا العبء الجديد وتحقيق نتائج عظيمة ساهمت في تطوير طب التجميل، كما ساهمت في زيادة الحماس لتأييده، وتطورت كذلك وسائل طب التجميل من مخترعات وأجهزة وأشعة ومعدات. ولكن مقابل تحقيق النتائج الكبيرة في نطاق جراحة التجميل فقد انطوت هذه الجراحة على مخاطر كبيرة وآثار سيئة نتيجة استعمال الأجهزة والأشعة ومعدات التجميل، وقد وقع أطباء التجميل في أخطاء كثيرة أفرزها التطبيق العملي لهذه الجراحة الحديثة، ومع هذا التطور الكبير والحماس الزائد يتعين على الجراحين التجميليين أن لا ينسوا ضوابط المسؤولية، ويقف القضاء في هذا الإطار حارساً لحقوق الأفراد ومصالحهم.

ومهما يكن من أمر فإن طب التجميل يثير مشكلة خاصة تتعلق بشأن تقدير خطأ طبيب العمليات التجميلية، إذ يتساءل الفقه[3] عما إذا كان هناك خطأ في حق الجراح التجميلي الذي يقدم على إجراء عملية جراحية لا يستهدف من ورائها سوى التجميل فقط. فإذا لم تنجح هذه العملية هل بمقدور المصاب أن يطالب جراح التجميل الذي قام بالعملية بالتعويض؟ وهل يعتبر مجرد إخفاق طبيب التجميل في هذه الجراحة خطأ يُسأل عن نتائجه؟ وهل إن مجرد إقدام الطبيب على عملية جراحية لا تهدف إلى

(1) د. وديع فرج، المصدر السابق، ص436.
(2) كورنبروبست، مسؤولية الطبيب، المصدر السابق، ص607.
(3) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المصدر السابق، ف87، ص52.

العلاج بل تبتغي مجرد الجمال خطأ بحد ذاته؟ وهل يعتبر التزام الطبيب في نطاق الجراحة التجميلية، الذي يقدم على إجراء العملية التزاماً بتحقيق غاية تترتب معه مسؤوليته لمجرد إخفاقه في العملية؟ أم أن التزامه بهذه العملية التي يقوم بإجرائها يعد التزاماً ببذل عناية شأنه في هذا شأن الأطباء الآخرين الذين يقومون باستئصال ورم سرطاني أو بإعادة البصر إلى مريض كان سيفقده؟

هذه التساؤلات تقتضي وقفة طويلة بعض الشيء وتتطلب البحث والتحليل والتأمل من أجل الإجابة الكاملة والوافية عن تلك التساؤلات. وما هو موقف الفقه والقضاء من هذه الجراحة التجميلية؟ هذه الجراحة التي أخذت تنتشر في الآونة الأخيرة في معظم أنحاء العالم وأقطاره نتيجة إقبال الناس عليها، حيث أن عدداً غير قليل ممن يلجأون إلى هذا الفرع من فروع الطب من أجل التخلص من بعض العيوب والتشوهات الولادية (الطبيعية) أو المكتسبة التي قد توصد أمام المصاب بها أبواب الرزق أو الزواج، أو تجعله عرضة للسخرية والاستهزاء مما يعرضه للنوبات العصبية أو النفسية، ويجعل من حياته العادية عبئاً ثقيلاً قد يدفعه إلى التخلص من هذه الحياة البائسة التي يعانيها بالإقدام على الانتحار، وفي هذه الحالة فإن الجراحة التجميلية قد ترقى إلى مقام الجراحة العلاجية.

بعد هذه المقدمة نبدأ بدراسة الخطأ في جراحة التجميل، وسوف نقسمه إلى ثلاثة مطالب، نخصص الأول لبحث الاتجاهات الفقهية، ونعقد الثاني لتحليل الاتجاهات القضائية من خلال تطورها ونفرد الثالث لمناقشة شروط إجراء جراحة التجميل ومدى التزام طبيب التجميل، وهل إن هذا الالتزام هو التزام بنتيجة أم هو التزام بوسيلة؟

المطلب الأول: الاتجاهات الفقهية

إذا كان الفقهاء المسلمون لم يعرفوا جراحة التجميل بالمعنى الدقيق المتطور وبالشكل المنظم الذي بلغته بالمعنى الواسع الذي عرفه المحدثون في هذا العصر، إلا أنهم في الحقيقة قد عرفوا بعض تطبيقاتها ورتبوا أحكامها من حيث الجواز والمنع، وجراحة التجميل في ظل الشريعة الإسلامية مباحة ويجب أن تكون مباحة ما دام أساس الإعفاء من المسؤولية هو رضى الشخص الذي يرغب بالتجميل، وأن تكون الأعمال التي قام بها الطبيب على وفق الرسم أي موافقة للقواعد الطبية التي تتبع في كل حادثة على حده ومن ذلك ما توصل إليه الصحابة، في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم من تجميل الأنف المقطوع عن طريق استبداله بأنف صناعي مصنوع من معدن خاص، فقد ذكر الفقهاء في كتابة الكراهية حكم اتخاذ الأنف من الذهب ورووا في ذلك حديثاً:

((إن عجرفة بن سعد أصيب أنفه يوم الكلاب فأنتن، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفاً من ذهب))[1]. ويقول الشيخ عبدالعزيز المراغي في هذا الإطار: ((ولسنا ندري على التحديد نوع الجراحة التي كانوا يجرونها لتثبيت هذا الأنف سواء أكان من الذهب أم من الفضة، ولست أجزم هل كان هذا من نوع الجراحة أم من شيء آخر، إنما الذي أجزم به من عبارات الحديث على النحو الذي ذكر أن عملية ما كانوا يعرفونها للتجميل، وفوق هذا كانوا يعرفون نوع المعدن الذي يوافق العضو المقطوع ويستطاع عن طريقه دفع الرائحة التي كان يتأذى منها كما يظهر من إذن النبي صلى الله عليه وسلم أن يتخذ الأنف من الذهب لا الفضة، لأن الذهب أدفع للعفونة ولكراهة الرائحة من الفضة. والفقهاء جميعاً على إجازة هذا النوع إنما خلافهم في الذهب فقط وهل يباح شد الأنف به أم لا))[2].

ومثل اتخاذ الأنف من الذهب اتخاذ الأسنان منه، وقد روى الطبراني في معجمه عن عبدالله بن عمران أن أباه سقطت ثنيته فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يشدها بذهب، وقد عرف الفقهاء نوعاً من الجراحة التجميلية أيضاً، وهو قطع الإصبع الزائدة، ففي الظهرية: ((إذا أراد الرجل أن يقطع إصبعاً زائدة أو شيئاً آخر قال نصير رحمه الله: إن كان الغالب على من قطع مثل ذلك الهلاك فإنه لا يفعل، وإن كان الغالب هو النجاة فهو في سعة من ذلك))[3].

إذن إزالة العيب الخلقي لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية بل على العكس، فإنها إن لم تكن توجبه فهي لا تحرمه، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن بعض العيوب الخلقية تمنع من انعقاد الإمامة، وهذا يوحي بأن من الواجب إزالة هذه العيوب متى كان ذلك ممكناً. قال هؤلاء الفقهاء: إنه يمنع من انعقاد الإمامة ما شان وقبح ولم يؤثر في عمل ولا نهضة كجدع الأنف وسمل إحدى العينين ونحو ذلك، لأن العيوب والنواقص في الجسد البشري، شين يعاب ونقص يزرى فتقل به الهيبة وفي قلتها نفور عن الطاعة، وما أدى إلى هذا فهو نقص في حقوق الأمة))[4].

ويطبق على جراحة التجميل ما يطبق على غيرها من أنواع الجراحة الأخرى، مما أذن الفقهاء في إجرائه إذا أمر به المراد إجراء الجراحة له بشرط أن يكون وفق الرسم

(1) د. أحمد محمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء في الشريعة الإسلامية، مجلة الأزهر، ج9، المجلد التاسع عشر، س19، ص907.

(2) الشيخ عبدالعزيز المراغي، مسؤولية الأطباء ـ القسم، مجلة الأزهر، ج4، المجلد العشرون، ص409.

(3) الأستاذ الشيخ عبدالعزيز المراغي ـ مسؤولية الأطباء، القسم الثاني، المرجع السابق، ص40.

(4) الأستاذ د. أحمد محمد إبراهيم، مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، ج9، مجلد 19، ص907.

أي وفق القواعد والأصول الطبية المتعارف عليها في كل زمان ومكان وألا يحصل فيه تعد[1].

ويستخلص مما تقدم أن جراحة التجميل مباحة في الفقه الإسلامي ما دام أساس المسؤولية هو رضى الشخص المراد إجراء جراحة التجميل له وأنها غير مخالفة للأصول الطبية، وأن مناط مشروعية هذه الجراحة يدور وجوداً وعدماً مع غلبة الهلاك أو النجاة أي في إطار التناسب بين المخاطر المحتملة والفوائد المتوقعة.

أما على صعيد الفقه الفرنسي، فقد سلم هذا الفقه في بادئ الأمر بعدم مشروعية جراحة التجميل ووصفها بأنها عمل غير أخلاقي، فقد قرر ((جارسون)) بأن: ((الطبيب الذي يتعامل في عضو سليم من أعضاء الجسد بحجة التجميل، يخرج عن حدود المهنة التي تبيحها له شهادة الطب)) [2].

ويقرر كورنبرويست: ((بأنه يعد من قبيل الأعمال الشائنة ما يزعم به جراحو عمليات التجميل من ادعاء القدرة على التغيير في الخلقة التي صنعها الله)) [3].

وتستند هذه الفكرة المتشددة على أساس أن القواعد العامة تقرر بأن يكون الهدف من وراء التدخل الجراحي هو غاية علاجية فقط، وأن الغاية الجمالية التي تبتغيها هذه العمليات التجميلية تتنافى وهذا الغرض العلاجي. هذا هو الغالب في الفقه الفرنسي عندما بدأت مشاكل الجراحة التجميل في الظهور، ولكنه في مرحلة تالية وتحت تأثير النتائج التي حققتها جراحة التجميل في معالجة مشوهي الحرب العالمية الأولى عدل عن وجهة نظره السالفة الذكر، وأخذ هذا الفقه في بداية تطوره يتعامل مع هذه الجراحة بمرونة حيث قرر أن طبيعة جراحة التجميل يجب معاملتها بشكل يختلف عن الجراحة التي يكون هدفها شفاء العلل والأمراض إذ ميز بين نوعين من جراحة التجميل لتحديد مسؤولية الطبيب، النوع الأول وهي حالات التشويه الجسماني الشديد التي ترقى إلى مقام العلة المرضية فتنزل إلى مستوى الجراحة العادية، والنوع الثاني وهي تلك الحالات التي يكون هدفها جمالياً محضاً كعمليات شد الوجه والبطن وتصغير حجم الأنف، ففي النوع الأول يكون تدخل الجراح مبرراً ومشروعاً لأن جراحة التجميل في تلك العمليات تكون بمستوى الجراحة العادية لضرورتها. أما في النوع الثاني فإن

---

(1) الأستاذ الشيخ عبدالعزيز المراغي، مسؤولية الأطباء، القسم الثاني، المرجع السابق، ص410، قارن د. الأبراشي، المرجع السابق، ص297 هامش رقم 2.

(2) لومبارد، الطبيب أمام قضائه، باريس 1973، ص773 ـ 774 نقلاً عن د. وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص64.

(3) كورنبرويست، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص197.

تدخل الجراح غير مبرر إلا إذا كانت وسيلته في إزالة التشويه الجسماني لا تنطوي بحسب السير الطبيعي للأمور، على خطر ما بالنسبة لحياة المريض أو سلامة جسده[1].

ونتيجة لتطور وتقدم الجراحة التجميلية، حيث قطع علماء جراحة التجميل أشواطاً بعيدة وحققوا تقدماً هائلاً وأصبح كثير من الأطباء متخصصين في هذا الفرع من فروع الطب ومؤهلين للقيام بجراحة التجميل فقد أقر الفقه الفرنسي، في تطور أخير من مراحل تطوره بمشروعية جراحة التجميل والنظر إليها على أنها فرع من فروع الجراحة بما يترتب على ذلك من إخضاعها لنفس القواعد التي تحكم الجراحة العادية، فقد اتسع مفهوم المرض بحيث لم يعد يقتصر على الأمراض العضوية فقط، بل شمل الأمراض النفسية أيضاً وهكذا يمنح الجمال للإنسان السعادة والبهجة التي تؤدي بدورها إلى الصحة العضوية في أتم وأكمل مظاهرها[2].

إلا أنه نظراً للطبيعة الخاصة التي تتميز بها جراحة التجميل، حيث إنها لا تمارس - من حيث المبدأ - لأغراض علاجية ومن ثم ينبغي أن تتناسب الأضرار والمخاطر المحتملة من ورائها مع الهدف الكمالي التحسيني المنتظر منها، كما أنها يجب أن تجري في ظروف متأنية حيث لا يوجد في حالة التجميل أي عنصر من عناصر الضرورة أو الاستعجال، فالعجلة أو التسرع أو ضعف الإمكانيات لا مبرر لها[3]. لذلك يتحتم أن يكون رضاء الشخص مستنيراً على نحو كامل وبشكل صريح وواضح، وأن ينبه إلى أية مخاطر متوقعة، وعلى الطبيب أن يرفض إجراء الجراحة رغم طلب المريض إن كان خطرها أكثر من نفعها، حيث يجب على الطبيب أن يحمي المريض من نفسه، فضلاً عن أن المريض لا يكون في حالة تامة من الخطأ والتبصر، مما يستدعي شروطاً خاصة في رضائه وتبينه للجوانب العملية المرجوة[4] الأمر الذي حدا بالبعض من الفقهاء إلى القول بوجوب اعتبار التزام الطبيب في نطاق الجراحة التجميلية التزاماً بتحقيق غاية وليس التزاماً ببذل عناية، ومؤدى ذلك الاتجاه أنه إذا لم تتحقق النتيجة المبتغاة من هذا

(1) مونزين، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص230 نقلاً عن د. محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص505، قارن د. الأبراشي المرجع السابق، ص300، نفس المعنى د. وديع فرج، المرجع السابق، ص435 ـ 436، قارن د. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص، المرجع السابق، ف299، ص419 ـ 421؛ نفس المعنى د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص66.

(2) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص298، قارن د. محمود محمود مصطفى، مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، المرجع السابق، ف12 ص292، د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص67، قارن د. محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص506.

(3) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص77.

(4) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص77 قارن د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص67، نفس المعنى د. محمد عادل عبدالرحمن، المرجع السابق، ص168.

العمل الجراحي التجميلي، فإنه يعتبر بذاته خطأ من جانب الطبيب وعليه لكي يتخلص من المسؤولية أن يقيم الدليل على وجود السبب الأجنبي[1] ويبدو أن الرأي الغالب في الفقه يرى أن التزام طبيب جراحة الجميل يبقى التزاماً ببذل العناية حيث إن هناك عقداً مبرماً بين جراح التجميل والشخص الذي تجرى له عملية التجميل، يلتزم بموجبه طبيب الجراحة التجميلية ببذل العناية التي تستلزمها الظروف القائمة وتتفق مع الأصول العلمية الثابتة في هذا الإطار، وهذا خلاف الأصل في الالتزامات العقدية التي يكون محلها تحقيق غاية، فهل من الممكن أن تقف مسألة تكييف التزام الطبيب حجر عثرة في سبيل تحقيق الحماية للمريض المضرور؟ وهل من العدل أن يدخل المرض عيادة الطبيب أو مستشفاه للعلاج أو لإزالة قبح أو تشويه بسيط ويخرج منها ليس فقط بخيبة أمل في نجاح العلاج وتحقيقه والذي يرمي إليه المريض، بل بعلة جديدة أو قبح أو تشويه جديد؟ هل من الممكن أن يخرج طبيب التجميل من دائرة النتائج الاحتمالية إلى دائرة النتائج المؤكدة؟ وما هو السر في خروج التزام الطيب من نطاق الالتزامات العقدية، التي يكون محلها غالباً تحقيق نتيجة؟ هل إن السر في ذلك هو الطبيعة الخاصة للعقد الطبي الناتجة عن الهدف منه وهو شفاء المريض وأن النشاط الطبي قائم على فكرة الاحتمال؟ نكتفي بهذا القدر ولنا عودة إليه عند الكلام عن شروط ممارسة جراحة التجميل وطبيعة التزام الطبيب القائم بها في المطلب الثالث من هذا الفرع.

أما على صعيد الفقه العربي فإنه يميل في غالبيته إلى الإقرار بمشروعية جراحة التجميل، ففي هذا الصدد يقول أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون: ((.. ومن هنا كان القضاء ينظر إلى هذا الضرب من ضروب الجراحة بعين المقت وعدم الرضى، فقد كان يعتبرها (جراحة ترف) وهذا رأي إن كان صحيحاً في بعض الحالات فإنه أصبح الآن غير سليم في كثير من الحالات، ذلك أن عدداً غير قليل ممن يلجأون إلى هذا النوع من الجراحة يكون مصاباً بانهيار عصبي لما في خلقته من عيب أو تشويه بل إن بعضهم يكون على شفا الانتحار والتخلص من الحياة البائسة التي يعانيها))[2]. فتخفيف العيوب الخلقية أو إزالتها ينطوي بالضرورة على علاج لصاحبها من العقد النفسية أحياناً ومن المعوقات التي قد تسببها له في أحيان أخرى. ومهما يكن من أمر فقد بلغت الجراحة التجميلية الآن شأواً بعيداً وشوطاً كبيراً من التطور والتقدم وأصبح لها أقسام متخصصة وأساتذة كبار في كليات الطب.

(1) سافاتيه، المسؤولية المدنية، ج2، المرجع السابق، ف77، ص365.
(2) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف86، ص52.

وقد ذهب رأي في الفقه إلى أنه يجب عدم الخلط بين تلك الحالات التي يكون فيها التشويه شديداً لدرجة تصبح معها حياة من يشكو منه عبئاً قد يدفعه إلى طلب التخلص منه، وبين تلك الحالات التي يكون الغرض من التدخل الجراحي فيها ـ على حد تعبيره ـ مجرد إصلاح ما أفسده الدهر من جمال يحاول التشبث بالبقاء ضد إرادة الزمان وحكم الطبيعة[1] فهذا الرأي يميز بين نوعين من العمليات التجميلية ويقرر إباحة النوع الأول على أساس التشويه الذي يرقى إلى مقام العلة المرضية ويحرم النوع الثاني من هذه العمليات الجراحي التجميلية وهذا الرأي منسجم مع الفقه والقضاء الفرنسيين في بداية الأمر، عندما كانت العمليات التجميلية في بداية نشوئها وتطورها، أما الآن فقد تغير شعور الناس نحو جراحة التجميل، وكثر إقبالهم عليها وقبولهم لها، وأصبح الجمال يمنح للإنسان السعادة والبهجة اللتين من خلالهما قد يصح جسده من الناحية العضوية، فضلاً عن أن بعض المهن تقتضي الجمال والوسامة، بالنسبة للمستقبل المهني والوظيفي لصاحب الشأن، فهذا ممثل معروف ضخم الأنف أعوجه، وهذه راقصة في عينها حول بارز، وهذه فنانة عجوز متصابية، وهذه ممثلة ناشئة أو لاعبة سيرك، أو سكرتيرة إدارية، فقد يعوق عملهم قدر ضئيل من التشويه رغم عدم جسامته، مما يفضي في حالة عدم إزالته أو إخفائه، إلى قدر من التدني في مستوى الطلب المهني، يعرقل الحياة الاجتماعية لمتهن هذه المهن أو على الأقل يجعل من مواجهة الحياة عبئاً ثقيل الوطأة لذلك قد يلجأ كل واحد منه إلى طبيب التجميل لإزالة أو إخفاء ما في خلقته من عيب هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن العمليات التجميلية إن كانت لا تهدف إلى علاج مرض عضوي جسماني، فإنها قد تهدف إلى علاج مرض نفساني والرابطة وثيقة بين نفسية الإنسان وصحته، وعلى هذا الأساس لا يمكن في الوقت الحاضر إطلاق التحفظ حول فائدة العمليات الجراحية التجميلية، والتمييز بين نوعين من الحالات، وإباحة نوع وتحريم نوع، ففي كلا النوعين السالفي الذكر تبدو جراحة التجميل على قدر كبير من الأهمية لا يمكن إنكارها، فهي ضرورية ومطلوبة ولا يمكن الاستغناء عنها، لأن التصحيح الجمالي لا يجوز رفضه بحد ذاته، لأن الجمال في حد ذاته قيمة اجتماعية لا حرج في السعي وراءه وكل ما في الأمر أن الجراحة التجميلية التي لا تكون ضرورية ولا تستوجبها الحاجة الملحة يتحتم على الطبيب أن يتحرز ويحتاط من الجوانب كافة في إجرائها، إذ يتحتم عليه الأخذ في الحسبان التناسب بين المخاطر المحتملة والفوائد المتوقعة، وأن مثل هذا الحل هو الذي

(1) د. وديع فرج، المرجع السابق، ص436.

يحقق المشروعية التامة في عمليات الجراحة التجميلية وإباحتها في جميع أنواعها ووجوهها، مع الأخذ بنظر الاعتبار ضرورة الالتزام بالتبصير على نحو أكثر، بحيث يكون رضاء المطلوب إجراء الجراحة التجميلية له مستنيراً على نحو كامل وبشكل صريح وواضح، مع التشدد إلى حد ما في مسألة تقدير الخطأ أكثر مما عليه الحال في نطاق العمل الجراحي العلاجي العادي.

ويذهب رأي آخر إلى القول: ((إننا نرى من جانبنا عدم التوسع في إباحة هذا النوع من العمليات الجراحية ونقصر إباحتها على ذلك النوع الأول من التشويه، والذي يرقى إلى مقام العلة المرضية وذلك دون النوع الثاني المستحدث لمحاولة التشبث بالبقاء ضد إرادة الزمان وإصلاح ما أفسده الدهر من جمال، ولنا في أحكام الشريعة خير دليل على ذلك، فقد جاء في الحديث الشريف: ((لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والواشرة والمستوشرة والمتلمسات للحسن، والمغيرات خلقة الله)) وإنه في إباحة العلاجات الضرورية ما روي عن الحديث الشريف: ((إن عجرفة بن سعيد قد أصيب أنفه يوم الكلاب فأنتن فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بأن يتخذ أنفاً من ذهب)) [(1)].

ويبدو أن هذا الرأي يفتقر إلى الدقة، من جانب ويعيبه فساد في الاستدلال من جانب آخر، أما افتقاره للدقة، فمرده أن الأخذ بالمفهوم الواسع للمرض والذي لا يقتصر على الجانب العضوي فقط، بل ينطوي على الجانب النفسي، يحتم القول بإباحة جراحة التجميل من حيث الأصل، فتتحقق المساواة بين علاج تشويه جسم ومجرد إجراء عملية شد لوجه امرأة طاعنة في السن ما دام الأمر في المحصلة أو النتيجة يعود إلى التناسب بين المخاطر المحتملة التي قد تتمخض عن عملية التجميل والفوائد المتوقعة المبتغاة من هذه العملية، وهذه مسألة فنية يستقل بتقديرها طبيب الجراحة التجميلية، بحيث إن عدم التناسب بين المخاطر المترتبة على الجراحة التجميلية والفوائد المرجوة منها يعد خطأً إذا لم يأخذه طبيب التجميل في الحسبان وبالتالي تجب مساءلته هذا من وجهة افتقار هذا الرأي إلى الدقة. أما من جهة فساد الاستدلال فمرجعه أن القائل بهذا الرأي استند إلى حديث الرسول ﷺ الذي سبق ذكره ((لعن الله الواصلة.. الخ فالتأمل الهادئ المتروي في المعاني الواردة بهذا الحديث الشريف يفيد بأن علة التحريم فيه قد انصبت على خصال مكروهة في ذاتها يحصل بهذا الغش والتدليس، فالواصلة والمستوصلة هي التي تصل شعرها بغيره أو شعر غيرها، والناقصة هي التي تنتف الشعر من الشعر،

(1) د. أحمد محمد سعد، مسؤولية المستشفى الخاص، المصدر السابق، ف231، ص422 ـ 423.

والواشرة هي التي تبرد الأسنان بمبرد ونحوه لتحددها وتفلجها وتحسنها وبالتالي فلا يجوز الاستنتاج من هذا الحديث الشريف تحريم عمليات الجراحة التجميلية التي هدفها إصلاح ما أفسده الدهر من جمال، فقد روى ابن قدامة في كتابه المغني والشرح الكبير أن حصول المصلحة من تحسين المرأة لزوجها من غير مضرة لا يحرم[1] وقد تحتم هذه المصلحة نفسها إجراء عملية تجميل. أما عمليات التجميل التي يحرمها الشرع بالفعل فهي التي تدخل تحت مفهوم الآية التي أشار إليها سبحانه وتعالى بقوله ﴿وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ ٱللَّهِ﴾ والمراد بتغيير خلق الله هنا الخصاء أو تشويه الخلقة[2] أما تحسين المظهر فلا يدخل تحت مفهوم هذه الآية ولا يعتبر حراماً. أما بخصوص ما استند إليه من واقعة عجرفة بن سعيد فلا يستشف منها النتيجة التي انتهى إليها ـ صاحب الرأي السابق ـ بل هي أول سابقة شرعية على جواز عمليات جراحة التجميل ذاتها.

المطلب الثاني: الاتجاهات القضائية ومراحل تطورها

عندما بدأت مشكلات جراحة التجميل في الظهور كان هناك قضاء يميل إلى التشدد إلى حد ما في مواجهة الأطباء بوجه عام وفي مواجهة طب التجميل بوجه خاص، وقد كانت جراحة التجميل حسبما قررها الفقه في أولى مراحله جراحة ترف ذلك أنه من الواضح جداً أن جراحة التجميل هذه لا يقصد من ورائها ـ غالباً شفاء الشخص الذي يقدم على إجرائها، وإنما تنصب على عيب أو تشويه جسماني لا أثر له غالباً في صحة من يحمل هذا التشويه أو ذلك العيب[3] وانطلاقاً من نفس هذه الفكرة فقد ذهب القضاء الفرنسي في بادئ الأمر إلى أن عمل الطبيب يجب أن يقصد به العلاج، وأن مجرد إقدام هذا الطبيب على عملية جراحية لا يقصد بها سوى تجميل وتحسين الهيكل الخارجي لمن أجريت له يكون خطأ في ذاته يتحمل بسببه الجراح الأضرار الناجمة كافة عن تلك العملية حتى ولو كانت قد أجريت طبقاً لمقتضيات مهنة الطب وأصولها، بمعنى أن القضاء الفرنسي القديم يعتبر أن مجرد إخفاق العملية وعدم نجاحها يعد خطأ بحد ذاته، ولا يمكن للطبيب أن يتخلص من المسؤولية إلا إذا أقام الدليل على توافر السبب الأجنبي، وبعبارة أخرى إن القضاء الفرنسي يضع على كاهل الطبيب التزاماً ضمنياً بضمان نجاح العملية[4].

---

(1) ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، ج1، دار الفكر ببيروت، 1984، ص107.

(2) انظر تفسير المنار ج5 ص428، والكشاف للزمخشري ج1 ص566، روح المعاني، للألوسي ج5، ص150.

(3) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المصدر السابق، ف86، ص52.

(4) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المصدر السابق، ف87، ص52.

وقد كان أهم حكم صدر عن القضاء الفرنسي ينطوي على مبدأ يتعلق بجراحة التجميل هو الحكم الذي أصدرته محكمة استئناف باريس عام 1913[1] فقد ذهبت هذه المحكمة بمقتضى حكمها المشار إليه، إلى تقرير نظام خاص بمسؤولية أطباء جراحة التجميل مغاير للقواعد العامة التي تحكم المسؤولية الطبية في نطاق العمل الجراحي بشكله العام، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن فتاة كان تعاني من ظهور شعر كثيف نسبياً في منطقة الذقن الأمر الذي حملها إلى التوجه لجراح تجميل لكي يخلصها من مشكلة هذا الشعر الكثيف، وقد شرع الطبيب فعلاً في علاج حالتها عن طريق تسليط أشعة خاصة على المنطقة المصابة، ونجم عن هذا العلاج تشوه مستديم في وجه هذه الفتاة، ونتيجة لهذا الضرر رفعت الفتاة دعواها على طبيب التجميل وقد أحالت المحكمة الدعوى إلى خبير لكي يهيئ تقريراً عن الموضوع ولكي يستظهر ما إذا كان طبيب التجميل قد اقترف خطأً في العلاج من عدمه، وقد أعد الخبير تقريره منتهياً فيه إلى انتفاء شبهة الخطأ المهني من جانب طبيب التجميل، انطلاقاً من أن الفتاة هي التي طلبت العلاج وأن الطبيب استخدم في ذلك الوسائل العادية.

بيد أن المحكمة استخدمت سلطتها التقديرية ولم تلتفت إلى تقرير الخبير وضربت به عرض الحائط، فقضت بمسؤولية الطبيب من الوجهة المدنية، وقد جاء في حيثيات حكمها بأن الأصل أن الطبيب له الحرية في استخدامه لوسيلة العلاج (الأشعة الخاصة) متى اقتضت ذلك صحة المريض وحالته المرضية، وفي هذه الحالة لا يؤاخذ الطبيب عن الحوادث المتوقعة إذا ما أقيم الدليل على أنه فعل كل ما في وسعه وبذل قصارى جهده لتفاديها. إلا أن هذا الأصل لا ينطبق على طب التجميل، ذلك أن طب التجميل يهدف إلى مجرد إصلاح عيب بدني وليس الشفاء من المرض، وطبيب التجميل في هذه الحالة المعروضة لم يكن أمام مريض يحاول علاجه ولكنه كان أمام عيب جسدي يحاول إزالته أو إصلاحه أو إخفاءه، ولذلك فإن مصلحة العلم ومصلحة المريض نفسه لا تسمح بتعريض الأخير لخطر الموت أو خطر إصابة بليغة من أجل الوصول إلى تحقيق نتيجة بسيطة وغير مهمة وهي مجرد إصلاح العيب الجسدي، فواجب الطبيب يحتم عليه أن يرفض هذا النوع من التدخل، باعتباره أكثر علماً من غيره، باحتمالات إخفاق هذا التدخل وباحتمالات الخطورة المتمخضة عنه.

وقد طعن في الحكم السابق الذكر أمام محكمة النقض الفرنسية[2] وقد ردت هذه المحكمة الطعن، وجاء في حيثيات حكمها: ((إن الطبيب حين يجد نفسه أمام

(1) حكم محكمة استئناف باريس في 22 كانون الثاني (يناير) 1913 دالوز 1919، 2 ـ 73.
(2) نقض مدني فرنسي في 29 تشرين الثاني (نوفمبر) 1920، دالوز 192، 1 ـ 103.

حالة لا يطلب منه فيها شفاء مرض معين بل مجرد إصلاح عيب جسمي أو إخفاءه فإن هذا الهدف لا يبرر السعي إليه من جهة مصلحة المريض أو من جهة مصلحة العلم نظراً لضآلة المصلحة المبتغاة من عملية التجميل، فإجراء التجميل فيه مخاطرة بأن تتحول العيوب الجسمية إلى ألم وخلل حقيقيين ودائمين))، وقد أضافت هذه المحكمة أن الطبيب الذي أجرى العملية موضوع الدعوى هو أكثر الناس علماً بنتائجها وفشلها المحتمل، لذلك كان يجب عليه أن يمتنع عن إجرائها، وأن محكمة الموضوع حين استخلصت من هذه الظروف والملابسات توافر الخطأ من جانب الطبيب مما يستوجب مسؤوليته عن تعويض الضرر الذي أحدثه، فإن حكمها يكون قد لاقى تطبيقاً سلبياً للقانون وللمادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي.

ويتضح من هذا الحكم أن محكمة النقض الفرنسية قد ردت بعض صيغ حكم محكمة استئناف باريس، إلا أنها هي ومحكمة الاستئناف وضعت الأمر في إطار الموازنة بين فائدة طب التجميل والأخطار الناجمة عنه، ورجحت تفادي الاعتبار الثاني على تحقيق الاعتبار الأول.

وتطبيقاً لنفس الفكرة السابقة فقد انتهجت محكمة السين ذات النهج الذي انتهجته محكمة استئناف باريس، في حكم أصدرته بتاريخ 25 شباط (فبراير) 1925[1] في قضية تتلخص وقائعها في أن سيدة في مقتبل عمرها عارضة أزياء وكانت تعاني من تضخم في إحدى ساقيها، فسارعت إلى استشارة اختصاصي في الغدد وقد نصحها بالعدول عن اتباع أي علاج في هذا الشأن، ولكن وتحت تأثير رغبتها الملحة فقد أحالها إلى طبيب جراح متخصص لإجراء جراحة التجميل في ساقها وعند تقديمها إلى طبيب التجميل قام بفحصها وكان متردداً في إجراء العملية وكان ميالاً إلى الرفض، غير أنه انتهى إلى قبول إجراء الجراحة تحت إلحاح شديد من المريضة التي مست مشاعر الطبيب وأثرت في قراره، فقام بإدخالها في أحد المستشفيات وأجرى العملية المطلوبة ولكنه أخفق في خياطة الجروح الناجمة عن العملية بسبب طبيعة أنسجة جسمها، وقد تبين أن الجروح استعصت على الالتئام ونجم عن ذلك تفشي الغرغرينا في مكان العملية، ولذلك فقد انتهى طبيب التجميل إلى استحالة إنقاذ المريضة من هذا الداء إلا ببتر ساقها، وفعلاً قام طبيب التجميل بهذا الإجراء الخطير، وبعد أن قضي الأمر على هذا النحو رفعت المريضة دعوى ضد هذا الطبيب تطالب

(1) محكمة السين، في 25 شباط (فبراير) 1929 جازيت دي باليه 1929، 1 ـ 424.

بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها. وقد قضت محكمة السين بمسؤولية طبيب التجميل والحكم عليه بالتعويض، وقد جاء في حيثيات حكمها:

أولاً: إن جسامة الخطر الذي تعرضت له المريضة واضح بحيث لا يتطلب إحالة الدعوى إلى خبير متخصص.

ثانياً: إن مجرد واقعة إجراء عملية جراحية على عضو سليم من الجسد مع اقتصار هدفها على مجرد تصحيح تشوه جسماني ودون أن يكون هذا التدخل الجراحي لازماً لضرورة علاجية، بل ودون أن يكون لازماً بأي وجه آخر لسلامة صحة المريض، فهذا التدخل الجراحي يكون في حد ذاته خطأ يقتضي بمسؤولية طبيب الجراحة التجميلية، خاصة وأن هذه العملية من الممكن أن تؤدي إلى خطر جسيم على عضو سليم.

ثالثاً: أن الخطأ المسند إلى الطبيب يستخلص من مجرد تطبيق مبادئ القواعد العامة بغض النظر عن أي اعتبار يتعلق بالفن الطبي.

رابعاً: إن القول بأن خطأ لم يثبت من جانب الطبيب من الناحية الفنية مردود، فالطبيعة الكامنة للخطورة في مثل هذا التدخل الجراحي هي الخطأ بذاته.

وقد طعن طبيب التجميل بالحكم المذكور لدى محكمة استئناف باريس[1] وتدخلت نقابة الأطباء في الاستئناف منضمة إلى دافع الطبيب. وقد تمسكت النقابة بأن الفيصل في أعمال المسؤولية من عدمه هو في الالتزام بأصول الفن الطبي وقواعده فما دام الطبيب قد راعى هذه القواعد وتلك الأصول، فإن العملية تصبح جائزة من الناحيتين الطبية والقانونية. وقد رفضت محكمة الاستئناف تدخل النقابة على أساس أن هذا التدخل في مرحلة الاستئناف غير جائز إلا في الحدود التي يجوز لها فيها أن تباشر اعتراض الشخص الخارج عن الخصومة (اعتراض الغير) لذلك يصبح من غير المقبول تدخل نقابة الجراحين العاملين في المستشفيات ما دام النزاع لا يتعلق بحرية ممارسة المهنة بل يتعلق فقط بتحقيق مسؤولية جراح عن عملية جراحية أجراها في ظروف معينة، ومن هذه الناحية فإن الحكم لا يمكن أن يمس فيما انتهى إليه أية مصلحة جماعية للنقابة لا بطريق مباشر ولا بطريق غير مباشر.

أما من حيث موضوع الدعوى فقد أيدت محكمة الاستئناف بدورها حكم محكمة السين الذي قرر مسؤولية طبيب التجمل وحكم عليه بالتعويض، ولكنها استندت في ذلك إلى حيثيات مغايرة للحيثيات التي وردت بحكم محكمة السين، حيث

---

(1) محكمة استئناف باريس، في 12 آذار (مارس) 1931، دالوز 1931، ص141.

نقلت محكمة استئناف باريس وبذكاء، الموضوع إلى بساط آخر، هو بساط الرضى المستنير[1] وقد جاء في حيثيات حكمها أنه: ((لا يجوز خلق افتراض خطأ لم ينص عليه المشرع، فلا خطأ على الطبيب حين يباشر عملاً جراحياً سواء بقصد العلاج أم التجميل ولكنه يخطئ إذا لم ينبه المريض قبل إجراء التدخل الجراحي إلى ما ينطوي عليه هذا التدخل من مخاطر حتى يكون رضاؤه بها عن علم بحقيقة الأمر، ولذلك فإن طبيب التجميل اقترف خطأين: أولهما هو أن الطبيب لم يجر التحليلات اللازمة كافة، وثانيهما، أن على طبيب التحميل تبصير المريض بالأخطار كافة التي تنطوي عليها جراحة التجميل، حيث إن الإفصاح الدقيق، ثم موافقة المريض المتبصرة، وهو على علم كامل، تعتبر شرطاً لازماً إذا كانت العملية لا تهدف إلى علاج مرض، بل مجرد إخفاء أو تخفيف تشوه جسماني بالتالي يكون خطأ جراح التجميل من هذه الناحية كافياً لانعقاد مسؤوليته، دون حاجة إلى الاستعانة بأية خبرة طبية)).

وقد أضافت محكمة الاستئناف أن طبيب التجميل لم يجادل في وقائع الدعوى، ولكنه تمسك بأنه لم يقترف خطأ أو إهمالاً يرتب مسؤوليته تجاه مريضته، ولكنه اعترف بأن العملية لم تجر لتخفيف ألم المريضة أو لعلاج علة مرضية محددة ومعينة، بل إن الجراحة لم تجر لتصحيح تشوه خلقي جسيم ولكنها أجريت فقط لتحقيق التناسق بين ساقي المريضة وحيث إنه جاء في أحد التقارير المقدمة من طرفي النزاع أن تخفيف سمنة إحدى الساقين هو عملية غاية في الصعوبة والدقة ويحتاج إجراؤها إلى شهر من الراحة يتم فيه بحث الأخطار المتوقعة من وراء هذا التدخل الجراحي، ولذلك فإن مجرد إجراء عملية تنطوي على هذه المخاطر البالغة تجسد خطورة حقيقية على عضو سليم من أعضاء الجسم مستهدفة مجرد تصحيح خطأ جمالي دون أن تستهدف غرضاً علاجياً ذا نفع لمصلحة المريضة، هذا التدخل الجراحي في ذاته يكون خطأ من شأنه انعقاد مسؤولية طبيب الجراحة التجميلية، وأن هذا الخطأ يستنبط من مجرد تطبيق القواعد العامة دون التعرض للاعتبارات المتعلقة بالأصول الطبية أو بأعمال الخبرة الفنية. وإذا كان الأمر على هذا النحو فليس من المهم البحث عن وجود أو عدم وجود خطأ مهني سواء قبل إجراء العملية أم عقب إجرائها بل إن عدم إثبات وجود خطأ مهني في ممارسة العملية الفنية يثبت في ذاته الخطورة الذاتية، فعندما يثبت طبيب التجميل أنه اتخذ الاحتياطات العلاجية كافة قبل إجراء العملية وعقبها ومع ذلك ينتهي الأمر ببتر ساق

---

(1) د. حمدي عبدالرحمن، معصومية الجسد، المصدر السابق، ص45، قارن د. محمد سامي السيد الشوا، المصدر السابق، ص513.

المريضة فإن ذلك يؤكد الطبيعة الخطرة للتدخل الجراحي في ذاته في العمليات التجميلية.

أما ما دفع به الجراح من أن التدخل الجراحي وإن لم تكن تستوجبه ضرورة جسمانية علاجية فقد فرضته ضرورة نفسية وهي الحال النفسية السيئة التي انتابت المريضة والتي تجسدت في تهديدها بالانتحار إذا لم يوافق الطبيب على إصلاح العيب الجسماني الذي كانت تعاني منه وهذا الادعاء مردود بإنكار من جانب المريضة، وأنه لو صح جدلاً فإنه يعني في نظر المحكمة، أن المريضة لم تكن عندما أصرت على العملية في حالة نفسية سليمة ما يجعل قبولها للجراحة قد جاء عن غير حرية وعن غير اختيار كامل. فضلاً عن أن هذه الحالة النفسية التي ادعاها طبيب التجميل كانت تقتضي منه عرض المريضة على طبيب نفساني وليس سرعة إجراء الجراحة الخطرة التي انتهت بمأساة المريضة، والثابت أن جراح التجميل بدلاً من إعطاء مريضته فرصة كافية من الوقت للراحة والتفكير والتروي واستجماع الهدوء النفسي فإنه سارع بإجراء العملية مباشرة، رغم عدم توافر أي سبب للعجلة أو الضرورة، وأن التجاء المريضة إلى طبيب التجميل وما يتمتع به من سمعة وكفاءة إنما ينم عن حرصها على التبصر بالأمر على شكل كامل، وأنها كانت ستعدل عن إجراء الجراحة، في غالب الأمر لو أن الطبيب أخبرها بالاحتمالات والمخاطر الجسمية التي يمكن أن تتمخض عن التدخل الجراحي أو حتى بمجرد المخاطر التي تحيط بها والتي يحتمل أن تترتب عليها.

وقد دافع طبيب التجميل عن نفسه بالاحتجاج بأن سبب الضرر كان نتيجة للطبيعة الكامنة في أنسجة جسد المريضة حيث ثبت أنها من النوع غير المرن مما أفضى إلى استعصاء التئام الجرح وأن هذا النوع من الأنسجة يمثل خروجاً عن المألوف في الفن الطبي ولا يمكن لأحد أن يتوقعه بعد. بيد أن محكمة الاستئناف قررت أن هذا الاحتجاج مردود، وأنه على فرض صحته، لا يخفف من مسؤولية الطبيب جراح التجميل، لأنه يعد إهمالاً واضحاً ومحدداً من جانب الجراح، إذ كان عليه اتخاذ الإجراءات والتحاليل المقتضية للتأكد من أن أنسجة الجسم المريضة تتوافر فيها الشروط الضرورية لنجاح العملية الجراحية، فضلاً عن أن الدفاع أشار إلى أن هذا العيب في الأنسجة يوجد عادة في الأجسام المترهلة والدهنية، ولذلك ما كان يجب على جراح التجميل أن يترك نتيجة العملية رهناً بطبيعة الأنسجة دون أن يتخذ من الاحتياطات ما يكفي لدرء المخاطر السيئة والعواقب الوخيمة.

ويبدو أن محكمة استئناف باريس عرجت في بادئ الأمر مركزة على خطورة عمليات التجميل ووضوح احتمالات الخطأ في إجرائها، ولكنها تجاوزت مسألة افتراض

الخطأ، أي أنها لم تر في إجراء العملية التجميلية خطأ في ذاته، إنما كشفت المحكمة عن خطأ محدد من جانب الطبيب في الحالة الواقعية المعروضة أمامها في هذه القضية بالذات، وقد تجسد هذا الخطأ في جانبين الأول ـ هو عدم تبصير المريضة والإفصاح عن النتائج والمخاطر التي تنطوي عليها هذه العملية، والاحتمالات السيئة التي يمكن أن تنجم عنها، أما الجانب الثاني فقد كشفت محكمة الاستئناف عن الخطأ في إجراء الجراحة التجميلية ذاتها بعدم إجراء الفحوصات المقتضية والكافية لتلافي المخاطر المتوقعة ودرئها أخذاً بنظر الاعتبار طبيعة أنسجة جسم المريضة.

يتضح من جميع ما تناولناه من أقضية المحاكم الفرنسية أنها تجسد نظرة التشدد وأنها ترجح مصلح المريض على مصلحة الطبيب وأن هذا القضاء قد خلق حالة جديدة من حالات المسؤولية، ذلك أن الخطأ الطبي تحكمه قواعد المسؤولية الخطئية العادية، وهذه المسؤولية يقتضي إعمالها استظهار الخطأ المحدد من جانب الفاعل طبيب التجميل في كل حالة على حدة ويقع عبء الإثبات على كاهل المريض أو المتضرر الذي يجب عليه أن يقيم الدليل على خطأ الطبيب المحدد الذي ألحق به ضرراً في نطاق الأسس العامة لرابطة السببية، ويتبين كذلك من القضاء الفرنسي السابق أنه اعتبر أن الخطأ يتمثل في إجراء عملية تجميل على عضو سليم دون اعتبار لالتزام طبيب التجميل بالأسس المهنية والطبية المتعارف عليها من عدمه، وبعبارة أخرى، أن ذلك القضاء اعتبر أن الخطأ يتجسد في الهدف التجميلي للعملية الجراحية، ولذلك يمكن القول إن ذلك القضاء السابق المعادي لجراحة التجميل بالأسس التي قام عليها السابق شرحها هو قضاء لا يتسق مع المبادئ القانونية العامة.

بعد هذا نعود إلى حكم محكمة السين، حيث أثار الحكم المذكور ثورة في الأوساط الطبية في فرنسا، لأن الاتجاه القضائي السابق لا يرضي أطباء التجميل خاصة والأطباء عامة، فقام الأطباء يعارضونه ويشرحون خطورة الأخذ به على تطور علم الطب وتقدمه، حيث قرر أحد كبار الأطباء Frunuson تعليقاً على هذا الحكم: ((أنه يطوي صفحة من صفحات الطب الحديث، ويعاقب الطبيب على أساس خطأ مجرد، لأنه استجاب لنداء الإنسانية بتصحيح ظلم الطبيعة الذي لا تقل آثاره السيئة عن مساوئ الأمراض التقليدية، بل تفوقها أحياناً وأن القضاء المشار إليه يجرد الأطباء من سلاحهم ويفرض عليهم أن يرصدوا التقدم العلمي فقط دون أمل في الاستفادة منه، كما يفرض على الناس أن يعيشوا بتشوهاتهم))[1].

---

(1) د. حمدي عبدالرحمن، معصومية الجسد، المصدر السابق، ص44، قارن د. محمد سامي السيد الشوا، المصدر السابق، ص512.

ويلاحظ الشراح أنه من المتصور أن يسأل الطبيب عندما يقترف خطأ أو عندما لا يراعي القواعد والأصول لمهنة الطب التي استقرت من خلال تجارب الأطباء ومثابرتهم وتضحياتهم على البحث العلمي، أما أن يدان الطبيب ويسأل من خلال إدانته فرع كامل من فروع الطب فإن ذلك يعرقل التقدم العلمي والطبي ويحول دون استفادة الناس منه، خاصة وأن الطبيب لا يطلب تصريحاً كاملاً بغير قيود، كما أنه لا يستهدف أن يترك مريضه أكثر سوءاً منه قبل الجراحة أو العلاج، ولذلك فلا مندوحة من أن تتوافر للطبيب المرونة الكافية للاستفادة من التقدم العلمي ولا بد من أن تكون هناك تضحيات، وهنا يتعين على القواعد القانونية أن تسرع خطاها لكي تلحق بالخطى السريعة لتقدم العلوم الطبية، وهذا التلازم الحتمي بين الجانبين لا يمكن أن يمر بغير مخاطر، وغاية الأمر هو أن تكون هذه المخاطر في الحدود الضيقة والمعقولة ويتعين أن تكون نظرة القضاء إلى التشوهات الخلقية على أساس أنها مرض كالأمراض والعلل والعاهات الأخرى، ذلك أن المرض العادي تشوه عضوي أو مادي ونفسي، وكذلك التشوه هو مرض بالمعنى الكامل ومضاره لا تقل أهمية بالنسبة للفرد من الناحية العلمية والنفسية عن الأمراض الأخرى[1].

كان هذا هو الوضع الغالب في نظرة القضاء الفرنسي إلى طب التجميل حيث كان ينظر إلى هذا الضرب من ضروب الجراحة بعين المقت وعدم الرضى أحياناً وبالسخط والشك والريبة والدهشة في أحيان أخرى، لكن هذا الوضع الغالب ليس بالحال الدائم إذ تغيرت نظرة القضاء تلك من خلال مراحل تطور هذا القضاء نتيجة لتقدم هذا الفرع من فروع الجراحة وتغير شعور الناس نحو جراحة التجميل وكثرة إقبال الناس عليه في الآونة الأخيرة الأمر الذي دفع المحاكم عامة إلى التساهل بعض الشيء وتلطيف موقفها المتشدد المتزمت ممن يمارس هذا النوع من أنواع الجراحة وعلى هذا الأساس قضت محكمة استئناف ليون بأنه: ((ما من شك في أن عدم التناسب الواضح بين المخاطر المحتملة والفوائد المتوقعة يعد خطأ إذا لم يأخذه طبيب التجميل في الحسبان، ومع ذلك فإن تقدير هذا الخطأ لا يمكن البحث عنه إلا في كل حالة على حدة دون أن نقرر مبدأ عاماً في عدم التناسب بين فوائد التجميل ومضاره بصفة عامة، ولا يجوز أن نقرر قرينة على وجود الخطأ من جانب الطبيب لمجرد أنه أجرى جراحة للتجميل، وأخذت المحكمة على قاضي أول درجة، المفهوم الضيق الذي اعتمده لفكرة المرض، ذلك أن بعض التشوهات الخلقية رغم عدم تأثيرها في الصحة بالمعنى الضيق إلا

(1) د. محمد عادل عبدالرحمن، المصدر السابق، ص158 ويشير إلى جيرار ولابورد لاكوست، دور إرادة الطبيب والمريض في التدخل الجراحي، باريس 1927، ص83 وما بعدها.

أن لها تأثيرات سيئة في حياة الشخص الاجتماعية وفي حالته العقلية، ولذلك فإن العملية الجراحية لا تقتصر حتميتها على الحاجة الجسمية الصحية فقط بل يبررها رغم ما قد يكتنفها من مخاطر أنها علاج لحالة نفسية ليست أقل ضرراً من الإصابة الجسمية المرضية))[1].

يتضح من هذا الحكم أن القضاء الفرنسي قد تطور نسبياً فقد استبعدت محكمة استئناف ليون في حكمها هذا فكرة قرينة المسؤولية من على عاتق طبيب التجميل، وقررت أنه لا يجوز افتراض لم ينص عليه المشرع، وبذلك تكون هذه المحكمة قد اقتضت الجراحة التجميلية للقواعد العامة التي تخضع لها الجراحة العلاجية، وغاية الأمر هي أنها اشترطت أن يكون هناك توازن بين الخطر الذي يتعرض له الشخص الذي يرغب بجراحة التجميل والفائدة التي يبتغيها من العمل الجراحي التجميلي، وبذلك يكون القضاء قد عدل عن نظرته السابقة إلى الجراحة التجميلية حيث كان في بداية تطوره يعتبر طبيب التجميل مسؤولاً عن جميع النتائج الضارة التي تترتب على علاجه وبعبارة أخرى كان القضاء يرى أن إقدام طبيب التجميل على إرجاء عملية لا يقصد منها إلا التجميل وحده، يعد خطأ في ذاته يتحمل الجراح بسببه كل الأضرار التي تنجم عن العملية حتى لو أجريت طبقاً لقواعد الفن الطبي وأصوله المعترف بها، فترك نظرته هذه بدون رجعة، وبهذا يكون القضاء الفرنسي قد تحول من حال إلى حال أخرى.

وفي تطور لاحق سار القضاء الفرنسي مؤيداً الاتجاه السابق، ولكنه ركز اهتمامه الشديد في هذه المرة على التزام طبيب التجميل بتبصير الشخص الذي يرغب في إجراء عملية تجميلية على نحو كامل لكي يكون في مقدروه اتخاذ قراره بالموافقة على إجراء جراحة التجميل من عدمه عن علم كامل، والسبب في تركيز القضاء اهتمامه الشديد على التبصير هو أن الالتزام بالتبصير في نطاق العمل الجراحي التجميلي أكثر ضرورة وإلحاحاً، لأن الأمر هنا لا يتعلق بتقديم العلاج للمريض، ولكنه يخص إصلاح عيوب جسمانية. وانطلاقاً من هذه الرؤية فقد ذهبت محكمة استئناف باريس[2] في قضية تتلخص وقائعها، في أن سيدة تبلغ من العمر ستة وستين عاماً أقدمت على إجراء جراحة تجميل لإزالة الجيوب والتجاعيد التي أحدثها الدهر أسفل عينيها، ولم تنجح العملية بل فشلت ونجم عنها عمى بعينها اليمنى وعندما عرض

(1) حكم محكمة استئناف ليون، في 27 مايس (مايو) 1935، جازيت دي باليه 1936، 2 ـ 248.

(2) حكم محكمة استئناف باريس، في 29 نيسان (إبريل) 1968، جازيت دي باليه 1970، 1 ـ 49، وقد أشار إلى هذا الحكم أيضاً أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المصدر السابق، ف92، ص56.

النزاع على محكمة الاستئناف فقد قضت: ((إن الأخطار الجسيمة كخطر العمى أو فقد البصر وإن كانت نادرة الحدوث في مثل هذه الحالة إلا أنها مع ذلك محتملة الوقوع، وعلى هذا فإنه كان على الطبيب الجراح أن يحسب حساب هذا النوع من الخطر ويحتاط له، إذ من المفروض أن يكون هذا الطبيب الاختصاصي على علم تام باحتمال وقوع هذا الخطر، بل إن التزامه في الاحتياط لمنع حدوث مثل هذه الأضرار المحتملة أكبر أهمية من مجرد تقديم العناية للمريض ومن مجرد إزالة عيب طفيف في وجه سيدة بلغت من العمر السادسة والستين)). وقد طعن في هذا الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية[1] فأيدت بدورها ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف وقد جاء في حيثيات حكمها ((إن الطبيب يعد مسؤولاً إذا أجرى عملية جراحية لامرأة تبلغ من العمر ستة وستين عاماً بقصد إزالة الورم أو التجاعيد الموجودة أسفل عينيها والتي فشلت ونجم عنها عمى بعينها اليمنى بالرغم من اتباع جراح التجميل الأصول الفنية كافة وإن كان الطبيب لا يلتزم بإخطار المريض إلا عن الأخطار المتوقعة عادة، فإذا كانت مخاطر العمل الجراحي تافهة بالنسبة لإجراء جراحة معينة، فإن الطبيب لا يسأل عن عدم الإفصاح عن المخاطر النادرة للعملية، ولكن إذ تعلق الأمر بعملية جراحية تجميلية، فإن مخاطرها مهما كانت نادرة الحدوث يتحتم على طبيب التجميل أن يعلن عنها للمريض لكي يكون رضاؤه وقراره بقبول إجراء الجراحة التجميلية من عدمه صادرين عن وعي كامل ومستير ذلك أن الأمر لا يتعلق بعلاج مريض لكي يخص مجرد عيب خفيف لدى سيدة بلغت من العمر ستة وستين عاماً، ولذلك يعد طبيب التجميل مسؤولاً لعدم تنبيه المريضة للاحتمالات الخطيرة لتدخله الجراحي، وذلك حتى يكون المريض على علم بالعناصر التي يمكن أن يبني عليها تقديره وخاصة أن وجود الورم والتجاعيد تحت العينين لا يسبب إزعاجاً شديداً لامرأة بلغت هذا العمر، وبذلك يكون حقاً ما استظهرته محكمة الموضوع من خطأ في جانب طبيب التجميل الذي يكون قد حرم المريضة من عناصر ضرورية لاتخاذ قرار متبصر بخصوص إجراء العملية التجميلية أو الامتناع عن إجرائها)).

وقد ركزت أحكام أخرى على فكرة الرضى المستير في التدخل الجراحي الذي لا يستهدف العلاج بل يرمي من وراء هذا التدخل إلى مجرد التجميل أو إصلاح ما أفسده الدهر، ووفقاً لهذه الرؤية ذهبت محكمة السين في قضية تتلخص ظروفها في أن سيدة كتبت إلى جراح تجميل تسأل عن بعض المعلومات الصحيحة دون حرج وعن الآثار

(1) نقض فرنسي، في 27 تشرين الثاني (نوفمبر) 1969، الأسبوع القانوني 1970، 2 ـ 7، 1650.

التي تنجم عن إجراء جراحة تجميل لها وهل يمكن عقب إجرائها أن تعيش حياتها العادية وهل تنطوي هذه الجراحة على مخاطر محتملة نتيجة إجرائها، فأجابها طبيب التجميل بأنه سبق أن أجرى مختلف العمليات الجراحية التجميلية وقد نجحت وأن العملية تتطلب الراحة لمدة خمسة عشر يوماً، وقد أجرت هذه السيدة العملية بالفعل ونجم عنها بعض الأضرار فسارعت هذه السيدة إلى إقامة الدعوى تطالب التعويض، فقضت المحكمة بأن إجابة الطبيب لم تكن إفصاحاً كافياً، وما ذكره طبيب التجميل لم يكن كافياً لإعطاء موافقة مستنيرة وعن علم كامل لإجراء جراحة التجميل[1].

ويتجه القضاء الفرنسي إلى ضرورة امتناع الطبيب عن التدخل لإجراء جراحة التجميل إذا لم يكن واثقاً من تخصصه ومهارته ففي قضية تتلخص ظروفها فيما يلي: ((اطلعت إحدى السيدات الباحثات عن الجمال في إحدى المجلات الأسبوعية على مقال يثني كاتبه فيه على أحد أطباء التجميل الذي استطاع استخدام طريقة جديدة مبتكرة لإزالة التجاعيد التي تعلو جبهة الإنسان عند تقدمه في السن، فذهبت إلى عيادته واتفقت معه على إجراء هذه العملية مقابل (2000 فرنك) وكان هذا الاتفاق عام 1965، فأجرى الطبيب العملية وبعد مرور بضعة أسابيع على مغادرة هذه السيدة عيادة الطبيب لاحظت أن شعرها أخذ يتساقط بشكل جعل جانباً من جوانب رأسها خالياً من الشعر وبدت كأنها أصيبت بالقرع وصار جلد جبهتها أزرق اللون كريه المنظر. رفعت هذه السيدة أمرها إلى قاضي الأمور المستعجلة أولاً ثم إلى محكمة الجنح في باريس، انتدبت هذه المحكمة لهذه القضية خبيرين اثنين جاء في تقريرهما أن الطبيب المدعى عليه طبيب غير مختص وغير مؤهل لإجراء مثل هذه العمليات، دافع الطبيب بأنه يحمل فوق شهادة (الليسانس) في الطب (دبلوماً عالياً فيه) قررت المحكمة رد دفعه قائلة: إنه إذا كان الحصول على شهادة (الليسانس أو الدبلوم) في الطب يجيز لحامله ممارسة سائر فروع هذا العلم إلا أن هذا لا يعفي الطبيب الذي يريد ممارسة فرع دقيق من الطبابة يتطلب تخصصاً ومهارة خاصة، من أن يتزود بما يتطلبه هذا الفرع من دراسة ومعلومات خاصة، ولا يقبل من الطبيب الذي لم يحصل إلا على (الدبلوم) المشار إليه أن يجازف دون ما ضرورة أو حالة عاجلة، في ممارسة هذا الفرع من فروع الطبابة الذي يحتاج إلى تخصص ومهارة عالية، لكن هذا وحيث إن المحكمة وجدت أن الطبيب المدعى عليه لم يقم بإجراء فحص على زبونته قبل إجراء العملية وأن المحكمة تعتبر

(1) حكم محكمة السين في 25 حزيران 1951 J.C.P 1951، 1 ـ 1562.

هذا الطبيب مسؤولاً عن الأضرار التي لحقت بالمدعية، وهكذا أدانت المحكمة الطبيب المدعى عليه من الناحيتين المدنية والجنائية[1].

وفي قضية أخرى ذهبت محكمة باريس إلى استعمال لغة في التعبير تفيد بتقريب التزام طبيب التجميل من الالتزام بتحقيق غاية، حيث قضت هذه المحكمة: ((بأن النتيجة فقط هي التي تبرر إجراء العملية الجراحية إذا كانت لا تهدف إلى العلاج بل يقصد من ورائها التجميل وحده وحيث إن تلك الجراحة لا تقتضيها صحة المريض، فإن على الطبيب أن يمتنع عن إجراء هذه العملية إذا تبين عدم نجاحها ولا يتم تحذير المريض بمخاطرها، فينبغي على الطبيب عدم القيام بإجراء العملية إلا إذا كان واثقاً من عدم فشلها، نظراً لأن الأمر ليس على درجة من الحيوية التي تتعلق بها حياة المرض أو صحته ويسأل طبيب التجميل رغم ثبوت قيامه بالجهود واليقظة اللازمين لأنه لم يقدم ما يبرر إخفاق الجراحة التجميلية على عكس ما هو متوقع وما يحدث عادة في مثل هذا النوع من الجراحة))[2].

وفي قضية أخرى حديثة نسبياً ذهبت محكمة ليون إلى أنه: ((إذا كان التزام الطبيب في إعلام المريض والحصول على رضائه عاماً في كل أنواع العلاج والجراحة، إلا أنه أكثر شدة وأهمية فيما يتعلق بجراحة التجميل، فإذا كان الطبيب لا يلتزم كقاعدة عامة بتبصير المريض بالمخاطر التي تعتبر نادرة الحدوث، إلا أنه في إطار العمل الجراحي التجميلي يتحتم عليه أن يلفت نظر الشخص الذي يرغب بإجراء جراحة تجميلية إلى الأخطار كافة سواء أكانت مهمة أم ثانوية أم نادرة الحدوث، وهذا الالتزام يمتد في الزمان، فلا يكفي فقط للحصول على رضاء الشخص بالجراحة التجميلية، بل يمتد إلى ما بعد ذلك في مراحل العلاج كافة، ولا ينتهي بانتهاء الجراحة التجميلية))[3].

أما القضاء المصري فقد أباح جراحة التجميل ولكنه اتجه إلى نفس الشدة التي سار عليها القضاء الفرنسي ويبدو أن القضاء المصري يبدأ من حيث انتهى القضاء الفرنسي، فقد قضت محكمة استئناف مصر في قضية تتلخص ظروفها في إصابة شخص بتشوه بسيط على أثر التئام دمل أصيب به في مؤخرة العنق تاركاً مكان التئامه بروزاً فتوجه إلى طبيب للأمراض الجلدية والذي قام بعلاجه فترة من الوقت نصحه عقبها بالتوجه إلى طبيب متخصص في العلاج بالأشعة ليتولى متابعة علاجه،

---

(1) في 1968/4/3 (نقلاً عن أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المصدر السابق، ف90 ص54).

(2) حكم محكمة باريس في 7 تشرين الثاني (نوفمبر) 1972.

(3) حكم محكمة ليون، في 8 كانون الثاني (يناير) 1981 J.C.P 1982، I ـ 19699.

ويعد أن توجه المريض إلى ذلك الطبيب، بدأ الأخير بعلاجه بواسطة الأشعة ولعدة جلسات، وقد أصيب المريض بتقيح جلدي انتهى إلى قرحة جلدية. وقد جاء في أسباب الحكم: ((وحيث إن الفصل في هذه القضية يستوجب البحث أولاً ـ في المسؤولية الطبية المدنية حسب القواعد القانونية وثانياً ـ في هذه القواعد بناء على تقارير الخبراء وآراء الأطباء المودعة بملف الدعوى وعلى الوقائع الصحيحة التي تستخلصها المحكمة من التحقيقات والمستندات الموجودة لمعرفة ما إذا كان المستأنف عليهما مسؤولين عن الإصابة التي وجدت في المستأنف أم لا، ومدى هذه المسؤولية والضرر الذي أصابه ومقدار ما يلزم لتعويض هذا الضرر من ثم فإن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ مهما كان نوعه سواء أكان ذلك خطأً فنياً أم غير فني، جسيماً أم يسيراً، وبالنسبة للأطباء الاختصاصيين، فإنه يجب استعمال منتهى الشدة معهم وجعلهم مسؤولين عن أي خطأ ولو كان يسيراً إذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم لأن من واجبهم الدقة))[1].

وقد قضت محكمة النقض المصرية في قضية تتلخص ظروفها في أن سيدة كانت تعاني من حالة ترهل في جلد ذراعيها، وقد استشارت أحد الجراحين في حالتها، فأبدى هذا الجراح إمكانيته في إزالة هذا الترهل بواسطة عملية جراحية لا تترك أي أثر، وقد أجريت العملية بالفعل ولكنها باءت بالفشل، ونجم عن هذه الجراحة تشوه ظاهر بذراعي المريضة، وقد سارعت الأخيرة إلى رفع الدعوى ضد الطبيب المعالج تطالبه بالتعويض عما لحقها من أضرار مادية وأدبية.

وقد نفى الطبيب الخطأ المسند إليه محتجاً أن الجراحة أجريت طبقاً للأصول الفنية والطبية، وأن اتساع الجرح في الذراع الأيمن كان سببه اشتباهه في وجود ورم خبيث به قام بإزالته بالكامل الأمر الذي اقتضى إجراء عملية ترقيع. وقدم الخبير تقريره مؤكداً التزام الطبيب بالأصول الطبية والفنية وأنه اشتبه في وجود ورم سرطاني فأجرى ما ينبغي إجراؤه في مثل هذه الحالة من استئصال الورم استئصالاً كاملاً مع ما حوله من أنسجة سليمة مما أدى إلى عمل رقعة جلدية لقفل الجرح بعد أن اتسع نتيجة للاستئصال، وقد ردت محكمة أول درجة الدعوى، ورفضت تعويض المدعية مستندة على تقرير الخبير باعتبار عدم توافر الخطأ من جانب الطبيب المدعى عليه.

---

(1) استئناف مصر، في 24 كانون الثاني (يناير) 1936 المحاكاة، س16، ع7 و8 ص713. أشارت إليه د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص72 و73.

وقد استأنفت المدعية الحكم أمام محكمة استئناف القاهرة وأبرزت أمام محكمة الاستئناف تقريراً استشارياً يؤكد عدم التزام الطبيب بالأصول الفنية فضلاً عن اقترافه لعدد من الأخطاء في إجراء الجراحة وأن ذلك أفضى إلى تشويه في جسم المدعية مما يؤثر في جمال أنوثتها بنسبة 15٪ وقد كلفت محكمة الاستئناف خبيراً وقدم تقريره مؤكداً عدم اقتراف الطبيب لأي خطأ وأن ما حدث من تشوه في الذراع الأيمن إنما يرجع إلى طبيعة جلد المدعية وهو أمر لا يمكن للطبيب التنبؤ به قبل إجراء الجراحة، وأن استئصال الورم هو الذي حتم عليه الترقيع في الذراع لتغطية الجزء الذي استؤصل منه الجلد.

وقد قدمت المدعية من جانبها تقريرين استشاريين فندا حجج الخبير الذي انتدبته محكمة الاستئناف، حيث جاء فيهما أن التشوه الذي أصيبت به المدعية لا يتسق مع شروط جراحة التجميل التي يشترط فيها أن تخفي عيوب الجسم لا أن تحدث به تشوهات وأنه ليس لطبيعة الجلد أي دخل في الموضوع وأن الزعم بوجود ورم سرطاني كان يتعين استئصاله لم يتأيد بتحليل علمي واجب الاتباع في مثل هذه الحالات.

وقد ردت محكمة الاستئناف الطعون الاستئنافية وأيدت الحكم الابتدائي فيما ذهب إليه من رد الدعوى ورفض التعويض. طعنت المدعية بحكم محكمة استئناف القاهرة أمام محكمة النقض المصرية، فقضت الأخيرة بنقض حكم محكمة الاستئناف وقد جاء في حيثيات حكمها: ((... ومن حيث إن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض للعلاج هي مسؤولية عقدية، والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق غاية وإنما هو التزام ببذل عناية، وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في حالات الجراحة الأخرى اعتباراً بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشوه لا يعرض حياته لأي خطر، وإذا كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزام ببذل عناية خاصة إلا أن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة، فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض وإذا أثبتت هذه المريضة واقعة ترجيح إهمال الطبيب، كما أنها أثبتت أن الترقيع الذي أجراه لها جراح التجميل في موضع الجرح والذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمها لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقاً للأصول الطبية المستقرة، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب،

ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع والتي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال))[1].

يتضح من الحكمين السابقين أن القضاء المصري أقر ضمنياً عمليات التجميل حيث لم يتناول حق الطبيب أو عدم حقه في إجراء العلاج لمجرد التجميل - كما فعل القضاء الفرنسي القديم - وهذا يؤكد قولنا بأن القضاء المصري، يبدأ من حيث انتهى إليه القضاء الفرنسي، ولكن القضاء المصري استوجب مراعاة منتهى الدقة والشدة بالنسبة للأطباء الذين يمارسون عمليات التجميل باعتبارهم متخصصين في هذا الفرع من فروع الطب، وبذلك يتبلور منهج القضاء المصري في وضع مسؤولية جراح التجميل في نطاق القواعد العامة للمسؤولية الطبية، ولكنه يطلب من جراح التجميل عناية أكثر من عناية الجراحين الآخرين، فضلاً عن أن القضاء المصري خفف من عبء إثبات المريض لخطأ الطبيب بإقامته قرينة قضائية بسيطة لصالحه. فالتزام الجراح التجميلي هو التزام ببذل عناية - كما يقول القضاء المصري - شأنه شأن غيره من الأطباء والجراحين بشكل عام وعبء الإثبات وزع بينه وبين مريضه وفقاً للقواعد العامة.

ينبغي التساؤل عن مدى التزام طبيب التجميل في هذا الفرع من العمليات الجراحية، وهل من الصحيح - كما يقول القضاء المصري وأغلبية الفقه - أن التزام الجراح التجميلي التزام بوسيلة؟ وبعبارة أخرى هل يمكن اعتبار طبيب التجميل الذي يقدم على عملية تعرض سلامة الإنسان للخطر لمجرد إزالة قبح أو تشويه بسيط مخطئاً لمجرد فشل هذه العملية؟ وهل يسأل عن الضرر الذي نجم عن العملية حتى ولو كان قد حصل على رضى من أجراها عليه مقدماً وحتى لو قام بها طبقاً لقواعد الفن الطبي الصحيحة؟ هذا ما سوف نناقشه في المطلب الثالث تحت عنوان شروط إجراء جراحة التجميل وطبيعة التزام الطبيب القائم بها.

المطلب الثالث: شروط إجراء عملية التجميل وطبيعة التزام الطبيب القائم بها

يشترط في جراحة التجميل أن يكون الطبيب القائم بهذه الجراحة مؤهلاً لإجراء مثل هذه العمليات، ذلك أن هذه الجراحة تقتضي قدراً من الدقة والعناية الخاصة، وتستوجب تأهيلاً عالياً وكفاءة خاصة، فضلاً عن إلمامه بالأبحاث والدراسات المتعلقة بها لأن جراحة التجميل أصبحت فرعاً من فروع الجراحة المتخصصة، والتخصص صفة

---

(1) نقض مدني مصري، في 3 حزيران (يونيو) 1969، مجموعة أحكام النقض المدنية، 1969، ع3، س20، ص1075.

من صفات الطب الحديث ومن الحقائق الطبية المستقرة في هذا الصدد أن 25٪ من المعلومات الطبية التي يحصل عليها طالب الطب خلال المراحل المختلفة لدراسته الجامعية تبقى صحيحة لمدة عشرة سنوات بعد التخرج، بينما يتحتم تطوير 75٪ من هذه الدراسة من خلال الأبحاث والدراسات ومتابعة التطور والتقدم العلمي[1] وحيث إنه سبق أن بحثنا هذا الشرط عند الكلام عن تطور القضاء الفرنسي في المطلب الثاني من الفرع الرابع وتلافياً لعدم تكراره نكتفي بهذا القدر.

ويشترط كذلك في طب التجميل أخذ رضاء المريض المستنير، ويكتسب هذا الشرط في نطاق جراحة التجميل أهمية خاصة من ناحيتين، الأولى جراحة التجميل لا تنطوي على أي مظهر من مظاهر الضرورة أو الاستعجال، والناحية الثانية جراحة التجميل لا تهدف إلى شفاء المريض بعلاجه من داء أو علة مرضية، بل ترمي إلى إصلاح عيب مظهري جسماني من قبح أو تشويه بسيط[2] ولذلك يتحتم على جراح التجميل تبصير المريض بتوضيح البيانات المتعلقة بجراحة التجميل كافة وتوضيح مخاطرها وفوائدها وأن يكون ذلك بعبارات يسهل فهمها وإدراكها بحيث تيسر للشخص الذي يرغب بإجراء عملية التجميل أن يتخذ قراره بخصوص هذه العملية وهو على بينة من أمره. وانطلاقاً من هذه الفكرة أكد الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان المريض الصادر في 17 تشرين ثاني (نوفمبر) 1972) في مادته الثانية: أن ((من حق المريض أن يحصل من طبيبه على كافة المعلومات المتعلقة بتشخيص المرض الذي يعاني منه وأسلوب علاجه وطرق فحصه وذلك من خلال عبارات يفترض فيها سهولة الفهم))[3].

وإذا كان الطبيب في نطاق الجراحة العادية لا يلتزم إلا بإخبار المريض عن الأخطار المتوقع حدوثها عادة، لأن التزامه بالتبصير هنا مقيد بما تفرضه الضرورة أو ما تمليه مصلحة المريض من عدم إحاطته بتفصيلات عن حالته، قد تهبط بروحه المعنوية وتضيع بذلك عنصراً مهماً من عناصر نجاح الجراحة، فإن الأمر يختلف في مضمار عمليات جراحة التجميل إذ يتحتم على طبيب التجميل في إطار هذه الجراحة أن يفصح عن أدنى خطر يكتنف هذه الجراحة حتى يأتي قبول المريض بها عن وعي كامل وإدراك مستنير، إذ المفروض أن تدخل طبيب التجميل لا تقتضيه أية ضرورة عاجلة.

---

(1) د. محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص518، والمراجع الأجنبية التي أشار إليها.

(2) د. محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص120. د. حمدي عبدالرحمن، معصومية الجسد، المرجع السابق، ص43ـ 46، د. الجوهري، المرجع السابق، ص329.

(3) د. محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص520.

ونكتفي بهذا القدر لأنه سبق أن تكلمنا عن هذا الشرط من خلال بحثنا مراحل تطور القضاء[1].

ويشترط أيضاً في عمليات جراحة التجميل أن يلتزم الطبيب بالعناية الصادقة واليقظة، إذ يلزم ببذل قصارى جهده وعنايته لمريضه، فهذا الالتزام واجب عام في جميع الحالات وفي الظروف كافة، لكن الحرص واليقظة أمران واجبان بدرجة أكبر وأوضح في إطار جراحة التجميل، حيث يتحتم على جراح التجميل أن يؤدي فنه بحرص زائد، إذ يتعين عليه أن يفحص مريضه بعناية ودقة فائقتين، كأن يقوم بإجراء الفحوص السابقة وبكل حرص قبل إجراء الجراحة بدون تجاوز لأي قدر منها، وأن يلتزم بحذر بمتطلبات السلامة والأمان كافة بالنسبة للشخص الذي رضي بإجراء هذه الجراحة.

وهذا التحوير المتعلق بالتزام الطبيب، هو التزام عام - كما قلنا سابقاً - ولكنه يجسد الرؤية التي تهيمن على جراحة التجميل، وهي أن عملية التجميل لا تقتضيها عجلة ولا تستوجبها ضرورة ولا تتعلق بمصير مريض يعاني من علة قد تفضي إلى فقده لحياته، بل تتعلق بمجرد إزالة قبح أو تشويه بسيط، ولذلك يتحتم التروي في شأنه والتزام غاية الحرص لأن الأمر لا يستوجب تعريض حياة الإنسان للخطر من أجل تجميل مظهره الخارجي ولكل ما تقدم فقد ثار التساؤل حول طبيعة التزام جراح التجميل، وهل ظل هذا الالتزام ببذل عناية شأنه شأن التزامات الجراحين عموماً، أم أنه التزام بتحقيق غاية بحيث يجب اعتبار طبيب التجميل مخطئاً لمجرد إخفاقه في عملية التجميل.

سبق أن ذكرنا، في المطلب الأول من هذا الفرع، أن هناك فريقاً من الفقهاء حاولوا التفرقة بين نوعين من جراحة التجميل، النوع الأول يراد به إصلاح عيب طارئ على عضو من أعضاء جسد الإنسان - كما هو الحال في التشوهات التي تصيب معوقي الحرب، والنوع الثاني يراد به إصلاح عيب (خلقي) طبيعي ولد مع الإنسان كاعوجاج الأنف أو ضخامته أو تشوه الأذنين أو إحداهما، أو زيادة إصبع في اليدين أو في القدمين أو فيهما معاً[2] ويلحق بهذا النوع الثاني من جراحة التجميل، ما أفسده الدهر من جمال الإنسان.

ويقول الأستاذ (لي تورنو) في هذا الإطار: ((إن للتفرقة بين هذين النوعين من أنواع جراحة التجميل بعض النتائج التي تظهر في نطاق المسؤولية الخاصة، فإذا كان

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص302.

(2) أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المصدر السابق، ف94، ص57.

من المقرر أن التزام الطبيب أو الجراح التزام بوسيلة، فإنه ينبغي مع ذلك أن يعامل هذا الطبيب الذي يقوم بإجراء جراحة تجميل لإصلاح عيب خلقي ـ وهي كما ترى جراحة ترف ـ معاملة أشد من المعاملة التي يؤخذ بها الطبيب الذي يجري عملية يراد منها إصلاح عيب طارئ أصاب جسم الإنسان أو أحد أطرافه)). ويذهب إلى أن معيار التفرقة بين نوعي جراحة التجميل المشار إليهما هو وجود الفائدة أو عدم وجودها على أن تكون العملية في كلتا الحالتين مشروعة وجائزة قانوناً[1].

ويذهب الدكتور وديع فرج في هذا الصدد إلى القول: ((.. بأن أول ما تجب ملاحظته في هذا الشأن عدم الخلط بين تلك الحالات التي يكون فيها التشويه شديد الدرجة تصبح معها حياة من يشكو منه عبئاً قد يدفعه إلى طلب التخلص منها، وبين تلك الحالات التي يكون الغرض من التدخل الجراحي فيها مجرد إصلاح ما أفسده الدهر من جمال يحاول المريض أو المريضة التشبث بالبقاء عليه معاندة للزمن وخروجاً على حكم الطبيعة، ففي النوع الأول من الحالات قد يرقى التشويه إلى مقام العلة المرضية ولنا في مشوهي الحرب ممن اضطرت بعض الدول إلى إخفائهم في أمكنة خاصة عن أعين الجمهور حتى لا تؤذي الأحياء بمنظرهم المريع فيبث فيهم ذلك روح السخط على الأنظمة والجبن عن الدفاع عن الأوطان، لنا في هؤلاء خير مبرر لوضع هذا النوع من الجراحة في نفس مستوى الجراحة العادية، أما في الثاني من الحالات، فيجب فيه اعتبار الطبيب الذي يقدم على عملية تعرض سلامة الإنسان للخطر لمجرد إزالة قبح أو تشويه بسيط، يجب اعتبار هذا الطبيب مخطئاً لمجرد فشله، فيُسأل عن الضرر الذي ينشأ عن العملية حتى ولو كان قد حصل على رضى من أجراها عليه مقدماً وحتى لو قام بها طبقاً لقواعد الفن الصحيحة، وهذا أحدث رأي في الفقه الفرنسي))[2].

ويقول أستاذنا الدكتور حسن الذنون في هذا المعنى بعد أن أشار إلى التفرقة السابقة: ((.. وأياً ما كانت قيمة هذا التقسيم فإننا نلمس له بعض الآثار والتطبيقات في كثير من أحكام القضاء الفرنسي، فقد عمدت إحدى راقصات التعري (الستريتيز) إلى إجراء عملية تجميل لتحسين قوامها ومظهرها، وخلفت العملية (ندبة) في أسفل بطنها، تقدمت إلى المحكمة مطالبة بالتعويض، قضت محكمة باريس التي عرض عليها النزاع بأن إقدام الطبيب على إجراء عملية تنطوي على شيء غير قليل من الخطورة دون أن تكون هناك ضرورة تحتمها، ولا يكون الغرض منها سوى تحسين قوام الزبونة، أمر ينطوي على خطأ في حد ذاته لا مجرد فشل العملية. فاعتبرت

(1) نقلاً عن أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف94، ص57.

(2) د. وديع فرج، المرجع السابق، ص435 ـ 437.

المحكمة المشار إليها التزام الطبيب في هذه الحالة التزاماً بنتيجة وليس التزاماً بوسيلة، بل إنها ذهبت في موقفها المتشدد مع هذا الطبيب إلى أبعد من ذلك حيث أقامت مسؤوليته على فكرة تحمل التبعية بعيداً عن فكرة الخطأ قد جعلت من مجرد عدم تحقق النتيجة خطأ يكفي لقيام هذه المسؤولية))[1].

وذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى اعتبار التزام الطبيب في نطاق الجراحة التجميلية التزاماً بتحقيق نتيجة معينة على أساس أن الطبيب يتعاقد مع الشخص الذي يرغب بإجراء الجراحة التجميلية على تحقيق نتيجة محددة، ويفرق هذا الفقه بين الأخطاء التي يقترفها الطبيب من الناحية الطبية أي الأخطاء التي يرتكبها أثناء ممارسة العمل الطبي، وبين الخطأ في تحقيق النتيجة المرجوة من عمليات التجميل ففيما يتعلق بالأخطاء الأولى يلتزم ببذل عناية، أما فيما يتعلق بنتيجة العملية أي فشل تحقيق النتيجة الإجمالية فيُسأل عنها بالتزام بتحقيق نتيجة ويظل هذا الالتزام بتحقيق نتيجة حتى لو نجحت العملية من الناحية الطبية الفنية أي أنها أجريت طبقاً لأصول وقواعد الفن الصحيحة[2].

وبخصوص نتيجة العملية التي ينظر إليها من الناحية الجمالية يفرق جانب من الفقه المشار إليه بين ثلاثة فروض:

الفرض الأول: تعرض الشخص الذي أجرى العملية التجميلية أثناء الجراحة أو عقبها مباشرة لمتاعب من ذات المتاعب التي يتعرض لها أي مريض تجرى له عملية جراحية عادية، فهذه المتاعب هي من مخاطر الجراحة السائدة التي لا تستند إلى أي خطأ محدد من جانب طبيب التجميل فهي من متعلقات الأعمال الطبية المحتملة عادة فهذه المخاطر لا تتعلق بمسلك الطبيب أو التزامه الأصول والقواعد الفنية الصحيحة، فالطبيب لا يسأل ـ حسب هذا الفقه ـ عما لحق المريض من أضرار.

الفرض الثاني: توافر خطأ في جانب طبيب الجراحة التجميلية بتجسد في عدم تحقق النتيجة الجمالية التي أجريت العملية من أجلها، فضلاً عن إلحاق ضرر محدد بالمريض نجم عن هذه الجراحة، ففي هذه الحالة يسأل الطبيب مسؤولية كاملة.

الفرض الثالث: وفيه لا تفشل العملية، بل تنجح ولا يؤخذ على الطبيب أي انحراف عن جادة الأصول الفنية وقواعد الفن الصحيحة وبعبارة أخرى إن الجراحة تعتبر ناجحة فنياً وتتم بسلام وبغير متاعب صحية ولا تعرض سلامة المريض للخطر

(1) أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف96، ص58.
(2) د. محمد عادل عبدالرحمن، المرجع السابق، ص172، وما أشار إليه من فقه فرنسي قارن د. محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص523 والمصادر الأجنبية التي أشار إليها.

بفضل التنفيذ الجيد والمنضبط للجراحة، ولكن النتيجة الجمالية تتخلف، أي أن إصلاح العيب أو إزالة القبح أو التشويه لا يتحقق ففي هذا الفرض يسأل الطبيب عن عدم تحقق النتيجة الجمالية المتفق عليها[1].

بيد أن هذا الرأي الذي سار إلى خلق التزام بنتيجة على عاتق طبيب التجميل لقي معارضة شديدة من جانب آخر من الفقهاء ولقي معارضة كذلك من جانب أطباء التجميل خاصة والأطباء عامة، أما من جانب الفقه فقد ذهب هذا الفقه إلى أن مسؤولية طبيب التجميل تظل قائمة في الإطار العام والعادي للمسؤولية الطبية أي على أساس الالتزام ببذل عناية مع مراعاة قدر من التساهل في استظهار الخطأ[2] ومرد ذلك أن النشاط الطبي قائم على فكرة الاحتمال وأن ممارسة المهنة الطبية ذاتها ترتبط باعتبارات علمية دقيقة تختلف فيها آراء العلماء وكبار المتخصصين، وإزاء كل ذلك لا يجوز أن يطلب من الطبيب إلا أن يبذل ما في وسعه من عناية وفقاً لمعيار اليقظة والحرص العاديين[3].

أما من جانب الأطباء فإن هذا الاتجاه أي اعتبار التزام الطبيب التزاماً بنتيجة، لا يرضي أطباء التجميل بصورة خاصة والأطباء بصورة عامة فوقف هؤلاء الأطباء يعارضونه ويشرحون خطورة الأخذ به على تطور علم الطب وتقدمه. فقد جاء في خطاب لأحد كبار الأطباء الفرنسيين ممن يمارسون جراحة التجميل عند عرضه للمشكلات التي تلاقيها هذه الجراحة على المؤتمر الطبي السادس عشر الذي انعقد في باريس عام 1972 ما معناه: ((قد تنطوي جراحة التجميل ـ شأنها في هذا الشأن كل جراحة أخرى ـ على بعض المضاعفات التي قد تحدث خلال العملية أو بعدها، وقد تصل هذه المضاعفات إلى حد وفاة الشخص الذي أجريت له العملية إنهم يتحدثون عن التزام بوسيلة والتزام بنتيجة، والواقع أنه عندما يقدم الطبيب على إجراء العملية ـ أياً كانت طبيعة هذه العملية ـ وفقاً للطرق العلمية المقررة مستعيناً بالآلات والأجهزة الطبية الصحيحة، فإنه يصبح من السهل عليه تقديم الدليل على احترامه وعدم إخلاله بهذا الالتزام الذي يسمونه (التزاماً بوسيلة) وهذا هو كل ما ينبغي أن يلقى على الطبيب، أما عن النتيجة التي يرجوها المريض من وراء العملية فهذا شيء آخر لا يد للطبيب فيه ولا سيطرة له عليه. إنه إذا ما ظل القضاء على صرامته وشدته، وإذا ما استمر في إلقاء هذا الالتزام الثقيل الذي يسمونه (التزاماً بنتيجة) على أطباء جراحة الجميل فإنني

(1) د. محمد عادل عبدالرحمن، المرجع السابق، ص173 الذي يشير إلى لومبارد، ص278.
(2) د. محمد عادل عبدالرحمن، المرجع السابق، ص173 الذي يشير إلى ماليرب، ص92 وبرونز، ص186.
(3) د. حمدي عبدالرحمن، معصومية الجسد، المرجع السابق، ص11.

أؤكد لكم أن لا رجاء في تقدم هذا الفن الجراحي وأنه سيظل جامداً على حالته الراهنة مهما طال الزمن وتطورت فروع الطب الأخرى[1].

ومهما يكن من أمر فإن غالبية الفقه[2] تميل إلى القول بأن طبيعة التزام طبيب التجميل هي من قبيل الالتزام ببذل عناية، فجراحة التجميل لها نفس خصائص العمليات الجراحية العادية، وليس هناك داعٍ لإخراجها من حكم القواعد العامة، وأن ذلك الموقف المتشدد من جانب بعض الفقه ما هو إلا تجسيد وتكريس للروح التي كانت تهدف إلى القضاء على طب التجميل.

ويقول الدكتور الأبراشي في هذا المعنى: ((... إن جراحة التجميل قد تحقق لها الانتصار على هذه الروح التي ناصبتها العداء منذ فجر نشأتها، وإذا كنا لا زلنا نسمع من البعض القول بوجوب التزام الجراح في هذا النوع من الجراحة التزاماً بنتيجة بحيث يسأل الجراح عند فشل العملية ما لم ينف علاقة السببية بين فعله والضرر الحادث فليس في ترجيح هذا القول سوى الخفقات الأخيرة لتلك الروح البالية التي كانت تريد القضاء على جراحة التجميل، فإن التطور أقوى من البشر وجراحة التجميل سائرة إلى تحقيق الغايات السامية التي تهدف إليها حتى بات الإنسان مديناً بسعادته إليها بقدر ما هو مدين بحياته إلى الجراحة العادية، وإذا كانت جراحة التجميل قد أصبحت من فروع الجراحة ولها تعاليمها ولها أصولها، فليس ثمة ما يبرر إخراجها من حكم القواعد العامة[3].

ومع ذلك فقد انفرد رأي في الفقه المصري بالقول: ((.. إننا نعتقد أن الطبيعة الخاصة بعمليات التجميل وما ذهبت إليه أحكام المحاكم في شأن التساهل في استظهار خطأ طبيب التجميل بتحقيق نتيجة. ذلك أنه مما لا شك فيه أن من يسعى إلى التجميل يسعى إلى تحقيق نتيجة بعينها وهي نتيجة في تقدير من يقدم على جراحة لا تحتمل المخاطرة، والطبيب من جانبه يدرك هذا المسعى تمام الإدراك. وبعبارة أخرى فإن هناك قدراً من النتيجة الواجبة التحقيق. صحيح أن طبيب التجميل لا يلتزم بتحقيق الجانب الجمالي على نحو كامل بأن يصل بالحالة إلى النموذج المبتغى لكنه حين

---

(1) نقلاً عن أستاذنا د. حسن الذنون نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف88 ص52 ـ 53.

(2) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص296 ـ 297، د.حمدي عبدالرحمن، معصومية الجسد، المرجع السابق، ص11، د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص68، د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص78، د. أحمد محمود سعيد، مسؤولية المستشفى الخاص، المرجع السابق، ف232، ص423 ـ 424. د. محمود التلتي، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، المرجع السابق، ص305، د. محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص524 ـ 525.

(3) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص297.

ينتهي من الجراحة إلى شكل أكثر سوءاً مما كان عليه الحال قبل إجرائها فلا شك أن ذلك يؤدي إلى مسؤوليته ويجعله في موقف يتعذر عليه أن يجد سبباً للإعفاء من المسؤولية. وبمعنى آخر فإن عدم تحقق النتيجة الجمالية يضع قرينة على الخطأ وينقل عبء الإثبات من على عاتق المريض ـ كما هو الحال في القاعدة العامة في مسؤولية الطبيب ـ إلى عاتق الطبيب الذي يجب عليه أن يثبت السبب الأجنبي الذي حال بينه وبين تحقيق النتيجة الجمالية المطلوبة ولا يمنع من تحقيق المسؤولية في هذه الحالة أن يثبت الطبيب التزامه بالأصول الفنية لجراحة التجميل))[1]. ومن الصعب مجاراة هذا الرأي لسبب بسيط هو أن جوهر العمل الطبي عموماً والعمل الجراحي التجميلي خصوصاً قائم على أساس فكرة التناسب بين المخاطر المحتملة والفوائد المتوقعة، أي المقارنة أو الموازنة بين الخطر والأمل، وبعبارة أخرى، إن جوهر العمل الطبي يتسم بقدر من الاحتمال، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن فكرة المقارنة في إطار الجراحة التجميلية ينظر إليها بقدر من التشدد لأن الهدف من هذه الجراحة هو مجرد تصحيح عيب جسماني أو إزالة قبح أو تشويه بسيط وليس بقصد الشفاء من داء أو علة مرضية وأن نطاق هذه الموازنة أو المقارنة يتسع ليشمل الأضرار النفسية التي قد تترتب عليها وبذلك يسهل إثبات خطأ طبيب التجميل فيما إذا فشل في تحقيق النتيجة المنتظرة، حتى لو قام بإجراء العملية التجميلية طبقاً لقواعد الفن الطبي الصحيحة ولكن هذا لا يعني التأثير في جوهر التزام جراح التجميل الذي محله دائماً التزام ببذل عناية.

ومن المؤكد أن بعض القضاء الفرنسي يستخدم لغة في التعبير تقرب التزام طبيب التجميل من الالتزام بتحقيق نتيجة ويستظهر بعض الملامح ليكشف عن حالات معينة يكون فيها التزام الطبيب أقرب إلى الالتزام بنتيجة، فقد قضت محكمة مرسيليا بـ: ((أنه يتعين أن تؤخذ في الاعتبار الظروف التي تمارس في ظلها العمليات فالمريض حين يخضع للتخدير يفقد وعيه، ويفقد كل وسيلة لرقابة العمل الطبي، فضلاً عن أن ظروف الجراحة تفرض أن يبتعد عنه أقرب أقربائه، ولذلك فإن الطبيب يلتزم في مواجهة مريضه ليس ببذل العناية اليقظة وفقاً للأصول العلمية فحسب بل يلتزم فضلاً عن ذلك بأن يؤمن، بصفة عامة سلامته. وبالتالي وحتى في حالة عدم وجود خطأ ثابت محدد من جانب الطبيب، فإن هذا الأخير يلتزم بتعويض الأضرار التي تلحق بالمريض من جراء العملية الجراحية. ويتأكد هذا الالتزام بالتعويض باعتبار أن الضرر لا يرتبط بالمرض الذي يعالج منه المريض، ولكنه يجد مصدره في الوقائع التي تطرأ

(1) د. محمد عادل عبدالرحمن، المرجع السابق، ص174 ـ 175.

أثناء الجراحة وفي الاحتمالات التي لم يكن يعلم بها المريض سلفاً، ويتعين على الطبيب لكي يتخلص من المسؤولية، أن يثبت أن الضرر يعود إلى سبب أجنبي عن الطبيب لا يمكنه دفعه))[1].

ويعلق الأستاذ رينيه سافاتيه على الحكم المتقدم بقوله: إن هذا المذهب قد تجاوز الحدود المعقولة وخلق مسؤولية طبية على عاتق الجراحين (عامة وعمياء) ولا يمكن الدفاع عنها[2].

ويبدو أن كثيراً من الأحكام القضائية التي أشرنا إليها قد تشددت في إعمال مسؤولية جراح التجميل سواء من حيث أساس المسؤولية أم من حيث التشدد في معاملته في شأن استظهار الخطأ أو التزامه بالتبصير والتركيز على فكرة النفع في طب التجميل الذي يعود على الشخص من وراء عملية التجميل ومسألة التناسب بين الفوائد المتوقعة والمخاطر المحتملة وما يتخلف عنها من آثار سيئة وما يحيطها من أخطار وعواقب وخيمة. وأن مسألة النفع أو الاعتبار النفعي كان واضحاً تماماً في أحكام القضاء الفرنسي القديم، وفي بداية الحديث عن طب التجميل، وعندما كان هذا الفرع من فروع الطب يخطو خطواته الأولى، في زمن كانت فيه الأجهزة والمعدات الطبية الحديثة، وخاصة أجهزة الأشعة كثيرة الحوادث سيئة الآثار الجانبية. أما الآن فقد تطورت العلوم الطبية والعلاجية وتقدمت أجهزة العلاج بشكليه العام والخاص، وظلت فكرة النفع في طب التجميل مسألة مؤثرة في تقييم سلوك جراح التجميل، بحيث يستطيع الباحث والمتتبع أن يلمس بعض الآثار والتطبيقات في بعض أحكام القضاء التي تحاول تقريب التزام طبيب التجميل من الالتزام بنتيجة في حالات معينة وفي حدود معقولة، ولكن هذا لا يعني أن التزام جراح التجميل قد تحول من التزام بوسيلة إلى التزام بنتيجة. وحيث أن النشاط الطبي قائم على فكرة الاحتمال فإن التزام الطبيب عموماً والتزام طبيب التجميل خصوصاً ـ على خلاف الأصل في الالتزامات العقدية ـ محله بذل عناية وليس تحقيق غاية.

ومن هذا المنطلق يتحتم على جراح التجميل أن يجري فحوصاً دقيقة وعميقة على مريضه بحيث يمارس الفحوص اللازمة كافة بعناية يقظة قبل إجراء الجراحة لتحديد ما قد يعانيه من أمراض الحساسية أو أمراض القلب أو التنفس، وأن يفحص جلد المريض وأنسجته وهل إنها من النوع التي تتقبل إجراء الجراحة، ويتحتم عليه أن يهيئ

---

(1) محكمة مرسيليا في 3 آذار (مارس) 1959، J.C.P 1959، 1 ـ 118، تعليق الأستاذ رينيه سافاتيه.

(2) تعليق الأستاذ رينيه سافاتيه على حكم محكمة مرسيليا المشار إليه J.C.P 959، 1 ـ 119.

لمريضه جميع أساليب الرعاية اللاحقة على إجراء العملية وأن يستعين بطبيب مختص ومؤهل في التخدير والإنعاش.

وانطلاقاً من نفس هذه الفكرة قضت محكمة باريس في قضية تتلخص وقائعها في اتفاق سيدة وطبيب على إجراء عملية تجميل لصدرها لإزالة ما ظهر على ثدييها من ترهل واسترخاء وفي سبيل تحقيق هذه الغاية خضعت لأربع عمليات جراحية في سنتين متتاليتين، وقد أجريت العملية الثالثة لها في 15 كانون الأول (ديسمبر) 1960 تحت تأثير مخدر عام وكان الغرض منها إعادة تناسب حجم الثديين وتقويتهما. ثم رأت بعد ذلك أن من الأفضل - حفاظاً على حُسْن مظهرها - أن تلجأ إلى إزالة أثر التحام الجلد الذي خلفته الجراحة، فأجريت العملية الرابعة في 25 تموز (يوليو) 1961، وتمت الجراحة تحت تأثير تخدير موضعي باشره الجراح نفسه دون ظهور أية مضاعفات خلال إجرائها. وعندما انتهى الطبيب من الجراحة أصيبت السيدة برعشة واختلاج وبعض التقلصات واستمرت على هذه الحالة بعض دقائق ثم أخذت حالة التشنج هذه تزداد حدتها على الرغم من الأكسجين الذي أعطاه الطبيب لهذه السيدة، وعندها لجأ الطبيب إلى إعطاء مريضته هذه جرعة من (الكافيين Cofeine) وبعض العقاقير والأدوية الطبية الأخرى وعلى الرغم من هذا كله فقد أخذت دقات قلب المريضة في الاضطراب والهبوط، فعولجت فوراً (بتدليك) قلبها ومحاولة إعادة نشاطه، ولكن دون جدوى حيث قضت السيدة نحبها بعد ساعات قلائل.

استخلصت محكمة باريس من الوقائع التي عرضت عليها النتائج والحقائق الآتية:

1- إن جرعة (الكزيلوكايين Xylocoine) التي أعطيت للمريضة (وقدرها 400 ملغم) هي الجرعة المعتادة في مثل هذه الحالة.
2- ليس هناك أي خطأ أو تقصير في عملية التخدير الموضعي التي قام بها الطبيب.
3- ليس من المألوف في مثل هذه الحالة أن يلجأ الطبيب الجراح الذي قام بإجراء العملية إلى الاستعانة بطبيب آخر خاص بالتخدير.
4- إن محاولات الإنعاش التي قام بها الطبيب الجراح على أثر ظهور الأعراض السالفة صحيحة لا غبار عليها بالنسبة لتزويد السيدة بالأكسجين.
5- إن كمية (الكافيين) والأدوية الأخرى التي زرقها الطبيب في عضل المريضة محل للشك والتساؤل.

6- إن تدليك القلب والعملية الجراحية التي أجراها الطبيب على الحاجز الصدري للمريضة كان أقصى ما يمكن عمله في مثل هذه الحالة.

7- إن عملية الإنعاش الصحيحة كانت تلزم الطبيب الجراح باستعمال نوع خاص من العلاج الهادئ الرقيق، وباستخدام قصبة هوائية أو أنبوب أجوف يصل إلى رئة المريضة لتظل الرئة مفتوحة قابلة لتلقي الأكسجين من قنينته، وهذا النوع من العلاج لا يحسن استعماله غير الطبيب المختص، وهو ما لم يفعله الطبيب الجراح المدعى عليه لكل هذا وحيث إن المحكمة وجدت أن الطبيب المدعى عليه لم يكن طبيباً اختصاصياً في التخدير أو في عمليات الإنعاش وأنه مع هذا لم يلجأ إلى طبيب مختص في هذه الشؤون الطبية، فإن المحكمة ترى أنه مسؤول عن فعله من الناحيتين المدنية والجزائية[1].

وتطبيقاً لنفس الفكرة السابقة قضت محكمة باريس في قضية تتلخص وقائعها فيما يلي: سمعت إحدى الفتيات التي تعمل راقصة في أحد الملاهي الليلية من زميلة لها ثناء على أحد الأطباء الذين يزاولون جراحة التجميل كان قد أجرى لها عملية (شد) ثدييها ومنع ترهلهما وتحسين منظرهما، فذهبت إلى هذا الطبيب واتفقت معه على إجراء عملية مماثلة في اليوم الأول من شهر تشرين أول من عام 1965 قام الطبيب المذكور من غير أن يعمد إلى أي فحص أو تحليل مسبق عدا قياس ضغط الدم، بتخدير زبونته هذه تخديراً موضعياً، ثم زرق في حلمتي ثدييها إبرتين أو جرعتين من مادة (السيلاستيك) (Silastic) واستغرقت العملية زهاء الساعتين وبدت كما لو كانت عملية ناجحة لكن الفتاة أخبرت الطبيب بأن حالتها ليست على ما يرام ومع هذا لم يكلف الطبيب نفسه بإجراء أي فحص لها وكل ما فعله أنه نصحها بالبقاء مستلقية على سرير العملية وقدم إليها شيئاً من الحساء ثم قام - بناءً على طلب الفتاة نفسها - بالاتصال بأختها عن طريق التلفون وطلب منها الإسراع بالمجيء إلى عيادته لنقل شقيقتها إلى دارها. وجاءت الأخت بصحبة خطيبها وصعقا لحالة الفتاة المتردية السيئة، فقد وجداها شاحبة اللون، خائرة القوى زائغة العينين زرقاء الشفتين لا تكاد تستطيع النطق أو الكلام، أخبرهما الطبيب أن الأعراض التي يلاحظانها على الفتاة ليست إلا نتيجة لحساسيتها ضد جرعة (الكزيولاكايين Xylocoine) التي استعملت في تخديرها وأنها أعراض ستزول في فترة قصيرة جداً ولا خوف منها ولا خطر على الإطلاق، وقد عانت الفتاة مشقة بالغة في الوقوف على قدميها، ومع هذا كله فقد

(1) حكم محكمة باريس، في 23 نيسان (إبريل) 1968 J.C.P 1968، 2 ـ 15625، نقلاً عن أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف93، ص56.

تركها الطبيب تغادر عيادته الخاصة دون أن يقوم بإجراء أي فحص عليها ودون أن يزود أختها بأية تعليمات أو إرشادات عدا أنه طلب منها تدفئة رجليها عند النوم، وفي حوالي الساعة الخامسة بعد منتصف الليل غابت الفتاة عن الوعي لكن أهلها لم ينتابهم القلق لأنهم اطمأنوا إلى تأكيد الطبيب بأن هذه الحالة حالة عرضية زائلة، ثم تدهورت حالة المريضة واضطربت نبضات قلبها وازدادت دقاته وخفقاته وراحت الفتاة في غيبوبة كاملة. وهنا لم يكن في وسع أهل الفتاة إلا الاتصال بالطبيب المعالج فطمأنهم ثانية على سلامتها وطلب منهم قياس درجة حرارتها والاتصال به في الساعة الثانية بعد الظهر، ولكن أهل الفتاة استدعوا في الساعة العاشرة صباحاً طبيباً آخر وبعد أن قام بفحصها ذهب فوراً إلى عيادة الطبيب الذي قام بإجراء العملية لها وصحبه عائداً إلى بيت أهلها حيث كانت ترقد وهي فاقدة الوعي فنقلاها إلى أحد المستشفيات حيث لاقت حتفها بعد قليل. وعند عرض الأمر على القضاء أمرت المحكمة بتشريح الجثة وتبين لها أن الطبيب المدعى عليه ارتكب عدداً من الأخطاء يتلو بعضها بعضاً 1- فقد أجرى العملية للفتاة المنكوبة دون فحص مسبق. 2- وتركها بعد ذلك دون عناية ودون اتخاذ أي إجراء بالرغم من حالتها الخطرة التي كانت بادية ظاهرة 3- وسمح لها بمغادرة العيادة وهي في حالتها السيئة هذه 4- ولم يزود أهلها بأية تعليمات أو إرشادات جدية 5- ورفض الذهاب إلى دار أهلها لمعاينتها واكتفى بأن طلب منهم قياس درجة حرارتها وتدفئة قدميها. لكل هذه الأسباب قضت المحكمة بالحكم على الطبيب بالتعويض وبالعقوبة الجزائية وفقاً لأحكام المادة (63) من قانون العقوبات الفرنسي والتي اقتبس منها المشرع العراقي المادة 370 من قانون العقوبات العراقي[1].

ويشترط في جراحة التجميل أيضاً مراعاة التناسب بين الفوائد المتوقعة والمخاطرة المحتملة الوقوع، ويكتسب هذا الشرط أهمية خاصة في نطاق جراحة التجميل، فهذه الجراحة ـ كما بيّنا سابقاً ـ لا تقتضيها حالة الضرورة ولا تستلزمها حالة الاستعجال، لأنها لا تهدف إلى شفاء المريض من علة مرضية معينة، بل مجرد إزالة قبح أو تشويه بسيط لتحسين بعض العيوب الجسدية، فإذا كان عدم التناسب واضحاً بين المخاطر المحتملة لجراحة التجميل وبين فوائدها المتوقعة، فإنه يتعين على الطبيب أن يبصر المريض بهذه الناحية ونتائجها المرتقبة، ويلزم أيضاً في بعض الفروض أن ينصح الشخص الذي يرغب بإجراء عملية تجميل بعدم إجراء مثل هذه العملية وفي فروض أخرى يتحتم على طبيب التجميل أن يمتنع صراحة عن إجراء جراحة التجميل حتى لو كان المريض

(1) نقلاً عن استاذنا د. حسن الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف91 ص55.

مصمماً على إجرائها فإذا لم يأخذ الطبيب في الحسبان عدم التناسب بين مخاطر العملية وفوائدها يعد مخطئاً وتنهض مسؤوليته[1].

لذا يتحتم على طبيب التجميل أن يلتزم الحرص الزائد والدقة البالغة عند مراعاته الفوائد المرتقبة والمخاطر المتوقعة وأن يضع في حسبانه المخاطر المحتملة والاستثنائية، فقد تقع أخطاء من الجراح في مباشرة عمله الجراحي العادي وتعد من قبيل الأخطاء التافهة المغتفرة، في حين أن ذات هذه الأخطاء تقع في إطار العمل الجراحي التجميلي وتثير مسؤولية طبيب التجميل القائم بإجراءه[2].

وانطلاقاً من نفس هذه الفكرة قضت محكمة استئناف باريس في قضية تتلخص وقائعها في أن سيدة كانت تعاني من بعض التشوه في فتحة الفم نتيجة لحادث سبق أن تعرضت له، توجهت هذه السيدة إلى طبيب اختصاصي في جراحة التجميل واستشارته في مدى إمكانية التخلص من هذا العيب الطارئ، ولكنه نصحها بعدم إجراء مثل هذه الجراحة على أساس أن الفوائد المرتقبة من وراء إجراء هذه العملية لا تتناسب البتة ومخاطرها المحتملة. وقد توجهت هذه السيدة إلى طبيب تجميل آخر ولكنه اتخذ ذات الموقف الذي اتخذه زميله الأول، غير أن هذه السيدة توجهت إلى طبيب تجميل ثالث، وقد أجرى لها عملية التجميل التي سعت إليها، إلا أنه نجم عن هذه الجراحة تشوه مستديم في الوجه، لم يكن موجوداً قبل الجراحة فضلاً عما لازمها من آلام مبرحة. وقد سارعت هذه السيدة برفع الدعوى على طبيبها، وعندما عرض النزاع على محكمة استئناف باريس قضت بمسؤولية طبيب التجميل مستندة إلى أن العقد الطبي المبرم بين السيدة المذكورة وطبيبها إنما يضع على عاتق الطبيب التزاماً عاماً بالحيطة والحرص والحذر أثناء فحصه لملاءمة العمل الجراحي في ذاته وفي تقدير نتائجه المحتملة والمستقبلية، يضاف إلى ذلك أن مخاطر التدخل الجراحي هي مخاطر كامنة في العملية التي أجريت للمريضة وهي مخاطر جدية ومتوقعة بصفة كاملة. وحيث إن طبيب التجميل لا يلتزم بتنبيه المريضة بمخاطر التدخل الجراحي المرتقب فحسب - وهو لم يفعل ذلك - ولكن يتحتم عليه أياً ما كان تصميم مريضته أن يرفض إجراء الجراحة بسبب عدم التناسب الواضح بين المخاطر المتوقعة والفوائد المرتقبة للعملية التجميلية، وحيث إن الطبيب المذكور قد أخطأ في تنفيذ هذا الالتزام

(1) كورنبرويست، مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ص619.
(2) د. الجوهري، المرجع السابق، ص329.

بممارسته لعملية جراحية تنطوي على قدر من المخاطر لا تتناسب والفوائد المنتظرة، لذا وجبت مساءلته عن الأضرار التي لحقت بالمريضة[1].

ويستخلص من هذا الحكم أن محكمة استئناف باريس لم تضع على كاهل طبيب التجميل التزاماً بتحقيق نتيجة بإشارتها إلى المخاطر الكامنة في العملية الجراحية التي أجريت للمريضة، وأن كل عملية جراحية تتضمن قدراً من المخاطرة ولكن جراح التجميل أخل بالتزامه في الحرص واليقظة الواجبين لأنه عرض مريضته لمخاطر لا تتناسب في ضخامتها مع حجم الفوائد التي تستهدفها المريضة ولا سيما أن الجراحة تتعلق بإزالة قبح أو تشويه بسيط.

وقد استحدث القضاء الفرنسي عنصراً جديداً يتعين مراعاته عند تقدير مسألة التناسب بين الفوائد المنتظرة والمخاطرة المحتملة لجراحة التجميل ألا وهو تقدير الحالة النفسية للمريض، لذا فإن إجراء جراحة التجميل، حتى ولو لم تفشل بل حالفها النجاح من الناحية الفنية يمكن أن تفضي بذاتها إلى مؤاخذة جراح التجميل، إذا لم تؤثر إيجابياً في الجانب النفسي، عند المريض.

وقد تبلور هذا الاتجاه في حكم حديث نسبياً صدر عن محكمة استئناف إكس بروفنس وتتلخص وقائعه في أن فتاة تبلغ من العمر ثماني عشرة سنة كانت تعاني من انتفاخ وجنتيها مما سبب لها بعض الاضطرابات النفسية فتوجهت إلى طبيب اختصاصي في جراحة التجميل تستشيره فيما إذا كان من الممكن إجراء عملية تجميل لمثل حالتها من عدمه، فما كان من جراح التجميل إلا بمباشرة إجراء الجراحة لها ـ بعد أن فحصها عدة مرات ـ وذلك باستئصال الأكياس الدهنية من أجل تصغير حجم وجنتيها عن طريق انتزاع الشحم الزائد بمنطقة الوجه وتحت الفك السفلي ثم قام بعد ذلك بإجراء عملية تجميل وتثبيت عضو صناعي من مادة السيلكون بمنطقة الذقن، وقد نجم عن هذه الجراحة إصابة الفتاة بعدة ندبات ظاهرة بالوجه مما جعلها غير مقتنعة بنتيجة العملية التجميلية مما دفعها إلى رفع الدعوى على الطبيب لمقاضاته، وعرض النزاع على محكمة نيس الابتدائية فقامت الأخيرة بانتداب خبير طبي لمعرفة هل إن طبيب التجميل اقترف خطأ أم لم يقترف، وقد قدم الخبير تقريره وجاء فيه ((إنه كان من الممكن أن تحقق هذه العملية الجراحية مصلحة جمالية وبالتالي تؤدي إلى تحسين شكل الوجه في مجموعه لو نجح جراح التجميل في تثبيت العضو الصناعي بشكل جيد وفقاً لما تقضي قواعد وأصول الفن الطبي، وأما بخصوص التشوه الموجود

---

(1) استئناف باريس في 13 كانون الثاني (يناير) 1959، J.C.P 1959، 2 ـ 11942.

حالياً بالشفة السفلى فمآله التحسن في المستقبل القريب، وبالنسبة للندبات الموجودة بالوجه فإنها لا تبعث على القلق حيث إنها ستزول تدريجياً، وبالنسبة لحركة الشفة السفلى فسوف تنتظم من تلقاء نفسها، وأن الجراح لم يرتكب أي خطأ مهني وبالتالي فلا وجه للادعاء بأن هناك آلاماً نفسية تكون قد لحقت بالفتاة المذكورة)).

وقد طعنت الفتاة بتقرير الخبير الأمر الذي اضطر محكم نيس الابتدائية إلى انتداب خبير ثانٍ، وقد قدم الخبير الثاني تقريره وجاء فيه: ((إنه بعد إجراء الفحص على الفتاة المذكورة اتضح أنها تعاني من اضطرابات نفسية، فضلاً عن وجود ندبات عديدة بوجه الفتاة وشعورها بالألم أثناء تحريك الفم نتيجة لوجود ثقب بالجانب الأيمن لمنطقة الذقن، وأن مثل هذه العمليات التي على جانب كبير من الدقة والصعوبة تحتاج إلى مهارة خاصة، ولا تجرى عادة إلا على أشخاص بلغوا من العمر شوطاً كبيراً وبذلك يكون جراح التجميل قد أخطأ في إجرائه لهذه العملية على فتاة صغيرة العمر، حيث إنها تنطوي في ذاتها على قدر من المخاطر مما تمخض عنها إصابتها بتشوهات وندبات، وبالرغم من تحقق الهدف والغاية من هذه العملية الجراحية - وهو تحسين شكل الوجه - إلا أن هذا العمل ذاته لم يؤد طبقاً لأصول وقواعد المهنة الطبية، مما تسبب في إلحاق أضرار نفسية بالفتاة المذكورة، وأن طبيب التجميل المذكور قد جازف بإجراء هذه العملية الجراحية والتي لا تؤمن نتائجها وفقاً للأساليب الفنية المتاحة وبالتالي ينسب إليه تقصيره في تقدير الموازنة بين الفوائد المرتقبة منها وبين المخاطر الناجمة عنها)).

واستناداً إلى تقرير الخبير الثاني قضت محكمة نيس الابتدائية بمسؤولية جراح التجميل المذكور حيث نسبت إليه تقصيره في إخبار الفتاة بطبيعة المخاطر المحتملة المرتبطة بالجراحة، وأنه كان يتحتم عليه الحصول على معلومات إضافية فيما يتعلق بالاضطراب النفسي الذي كانت تعاني منه الفتاة، ولذلك قضى بإلزامه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت الفتاة سواء البدنية منها أو النفسية)) [1].

وقد طعن طبيب التجميل بحكم محكمة نيس أمام محكمة استئناف إكس آن بروفنس، حيث نفى ما نسبه إليه من تقصير محتجاً بأنه سبق أن أخبر الفتاة بأسلوب ملائم لحالتها عن طبيعة المخاطر المحتملة، وأخضعها لفحص سيكولوجي متأنٍ قامت به سكرتيرته المؤهلة لذلك والحاصلة على شهادة الماجستير في علم النفس والتي أوصت بدورها بضرورة إجراء عملية جراحية لهذه الفتاة لعلاج الاضطراب النفسي الذي تعاني منه بسبب تضخم الوجنتين لديها.

---

(1) محكمة نيس، في 27 حزيران (يونيو) 1979، J.C.P 1983، 2 ـ 19922.

وقد ردت محكمة الاستئناف هذا الطعن مقررة مسؤولية هذا الطبيب وبالتالي إلزامه بدفع التعويض وقد جاء في حيثيات حكمها: ((إذا كانت بعض حالات الضرورة تقتضي إحداث تعديلات بدنية بهدف الشفاء من إصابات بدنية جسيمة أو نفسية خطيرة، فإن المخاطر والصعاب والآلام المختلفة والمرتبطة بإجراء جراحة في ذاتها يجب أن تتوازن والفائدة الجمالية أو الشخصية المرتقبة بحيث يتعين وجوب مساءلة طبيب التجميل الذي أقدم على إجراء جراحة تغلب عليها المخاطر ولم تفض إلى أية فائدة من الناحية العملية ولا يوجد ما يبررها من الناحية الطبية بحيث تمخضت عنها آثار بدنية سيئة تسببت في إحداث آلام نفسية لدى مريضة ما زالت في ريعان الصبا ذات شخصية هشة لا تقوى على تحمل الألم))[1].

(1) استئناف إكس آن بروفنس، في 16 نيسان (إبريل) 1981 J.C.P 1983، 2 ـ 19922.

المبحث الثاني
مسؤولية الطبيب عن خطأ الغير[1] وعن الأشياء

سبق أن بحثنا صور الخطأ الطبي، وتكلمنا عن مسؤولية الطبيب في أبسط صورها، وهي حالة ما إذا كان الخطأ الذي ألحق الضرر بالمريض (أو ذويه) قد اقترفه الطبيب نفسه، وانتهينا إلى أن الطبيب يسأل عن فعله الشخصي عندما يقترف خطأ خلال ممارسته لفنه ومهنته، وقلنا إن نطاق هذه المهنة أو ذلك الفن متعدد الجوانب، حيث واجهنا صوراً عديدة من الأخطاء الطبية متعددة الجوانب لا يمكن حصرها.

أما في هذا المبحث فسوف نذهب بعيداً عن الخطأ الشخصي للطبيب ونواجه المسؤولية الطبية في صورة أخرى أكثر صعوبة وتعقيداً من الأولى وهي مسؤولية الطبيب عن الغير أي الأشخاص أو المساعدين الذين يعاونونه في عمله الفني، ومسؤوليته أيضاً عن (الأشياء)؛ الأجهزة والآلات والمعدات المستعملة في التدخلات العلاجية والجراحية، ونقسم هذا المبحث إلى فرعين، نعقد أولهما لبحث مسؤولية الطبيب عن فعل الغير ونخصص ثانيهما لدراسة مسؤولية الطبيب عن الأشياء.

الفرع الأول: مسؤولية الطبيب عن فعل الغير

إن من شروط المسؤولية العقدية توافر ركن الخطأ كركن أصيل فيها، وبما أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير فرع منها لذلك يجب أن يتوافر فيها ركن الخطأ وإذا ما ألقينا على المدين ضمان خطأ الغير، فهذا لا يجرد المسؤولية العقدية عن فعل الغير من ركن الخطأ، وهذا لا يقلل من أهمية اشتراط ارتكابه من قبل الغير الذي يسأل عنه المدين. وإذا كانت المسؤولية العقدية عن فعل الغير استثناء من المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي، فإن هذا الاستثناء هو استثناء وحيد يتحدد بناحية واحدة، وهي عدم اشتراط الخطأ في جانب المدين نفسه، وهذا لا يؤثر في ضمان المدين لأخطاء الغير، فالمسؤولية العقدية عن فعل الغير تقوم مجردة من خطأ المتعاقد نفسه

(1) انظر في هذا الموضوع د. السنهوري، الوسيط، ج1 ف431 وما بعدها، د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، المرجع السابق، ص455. د. عبدالحي حجازي، ف333، محمد الشيخ عمر، مسؤولية المتبوع، رسالة 1970، د. الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن، رسالة 1954، مازو وتنك، المسؤولية، المرجع السابق، ف965، سافاتيه، المرجع السابق، ف159 و283، لالو، السابق، ف1103، مارتي ورينو، الالتزامات، المرجع السابق، ف475، بلانيول وريبير، ج6، المرجع السابق، ف381، فيني، شروط المسؤولية، ط1982، ف813 وما بعدها.

مبنية على خطأ الغير الذي يسأل عنه هذا المتعاقد، ولهذا السبب فإن المتعاقد لا يمكنه أن يتخلص من عبء تلك المسؤولية بإقامة الدليل على أنه لم يخطئ في حالة ما إذا أقيم الدليل على خطأ الشخص الذي يسأل عنه هذا المتعاقد[1].

والمسؤولية العقدية بصورة عامة والمسؤولية العقدية عن فعل الغير بصورة خاصة لا تنهض إلا في أثناء تنفيذ الالتزام العقدي، فهي لا تنهض في فترة تكوين العقد ولا تثور أيضاً بعد انتهائه، وإنما تنتظر لكي تثور أن يكون هناك إخلال أثناء تنفيذ الالتزام العقدي[2] ولكن ما هو مصدر المسؤولية العقدية عن فعل الغير؟ هل هو العقد نفسه أم هو القانون؟ إن مصدر المسؤولية العقدية عن فعل الغير هو القانون، فالقانون هو الذي يرتب الالتزامات مباشرة في ذمة المدين المتعاقد، وهو الذي يلقي على كاهله عبء المسؤولية عن فعل الغير، ذلك أن العقد عبارة عن ظرف مناسب يجد المشرع نفسه ملزماً ببيان أحكام المسؤولية، فالمسؤولية عقدية لأنها وجدت بمناسبة العقد وهي تقصيرية لأنها وجدت بمناسبة التقصير. فالقانون وحده هو الذي يفرض على المدين ضمان أفعال الغير شاء المدين أم أبى، وهذا الضمان ما هو إلا ضمان قانوني يفرضه المشرع على كل مدين يتسبب في استحالة تنفيذ التزامه خطأ الأشخاص الذين ربطته معهم رابطة معينة، وذلك في الحدود التي يلتزم فيها بتحقيق تلك الالتزامات[3].

ويبدو أن مسألة تحديد مضمون العقد وما يحتوي عليه من التزامات بضمان سلامة المتعاقد من المسائل المهمة ففي جميع الحالات التي يمكن فيها اكتشاف مثل هذا الالتزام يمكن النظر في انطباق قواعد المسؤولية العقدية عن فعل الغير عندما يرجع الفعل الضار الذي سبب الضرر إلى فعل الغير ممن استعان به المتعاقد في تنفيذ التزامه، على العكس من ذلك، لا يمكن تطبيق قواعد المسؤولية العقدية عن فعل الغير، بل يجب الرجوع إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، والسبب في ذلك هو أن مبدأ المسؤولية العقدية عن فعل الغير لا يختلف في الطبيعة إطلاقاً عن مبدأ المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير حيث يرمي كلاهما إلى غاية واحدة وهدف واحد[4] فضلاً عن أنه لا يوجد أي مبرر للتفرقة بين مسائلة المتبوع عن أفعال تابعيه وبين مسؤولية المتعاقد عن أفعال أولئك الذين استعان بهم في تنفيذ التزاماته العقدية إلا في حالة واحدة هي إذا

---

(1) د. عباس حسن الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن، مصر 1954، ص191 و199 و200 وقارن د. السنهوري، الوسيط، ج1، ف431 وما بعدها، حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، المرجع السابق، ص455.

(2) د. الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، المرجع السابق، ص180.

(3) د. عباس الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، المرجع السابق، ص130، ص187.

(4) د. عباس الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، المرجع السابق، ص113، و190.

كان الطبيب أو الجراح قد اشترط على المريض عدم مسؤوليته عما يقترفه هؤلاء المساعدون أو الأعوان من أخطاء وفق أحكام المادة 259 ف2 مدني عراقي المقابلة للمادة 217 مدني مصري[1].

ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى أنه لا يشترط لقيام مسؤولية الطبيب أو الجراح عن خطأ أعوانه أو مساعديه أن يكون هؤلاء الأعوان أو المساعدون مأجورين عن أعمالهم، فقد يساعد المدين أحد هؤلاء الأشخاص تبرعاً ومع ذلك تقوم مسؤولية المدين عن فعل الغير بعدم تنفيذ الالتزام أو الإخلال بتنفيذه.

وبديهي أن المسؤولية عن فعل الغير إما أن تكون عقدية أو أن تكون تقصيرية وتثور المسؤولية التعاقدية عن عمل الغير عندما يأمر المتعاقد شخصاً ثالثاً في القيام بتنفيذ التزاماته التي رتبها العقد أو يبادر هذا الشخص الثالث إلى التدخل في تنفيذ هذه الالتزامات دون معارضة من المدين وفي الكثير الغالب يلجأ الطبيب أو الجراح إلى أحد أعوانه أو مساعديه لمعاونته في تنفيذ عمله الطبي، فهل يمكن مساءلة هذا الطبيب عن الأفعال أو الأخطاء التي يقترفها هؤلاء المساعدون أو الأعوان؟

من الجدير بالذكر أنه إذا كانت الأفعال التي قام بها مساعدو الطبيب أو أعوانه مجرد اتباع للتعليمات والإرشادات أو الأوامر والتوصيات التي تلقوها من الطبيب المعالج فإننا لا نكون هنا أمام مسؤولية عقدية غير مباشرة عن فعل الغير بل نكون أمام مسؤولية عقدية مباشرة يسأل الطبيب شخصياً عن هذا الخطأ.

ومن نافلة القول الإشارة إلى أنه لا مجال للاحتجاج في هذا الموضوع، بما يحكم به القضاء الفرنسي من عدم مساءلة المساعد أو الممرض الذي نفذ أوامر خاطئة أمر بها الطبيب المعالج أو الجراح لأن موضوعنا هنا هو مساءلة الطبيب أو الجراح عن أخطاء أعوانه ومساعديه وليس مساءلة هؤلاء الأعوان والمساعدين عن أخطاء الأطباء والجراحين، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنه يلاحظ أننا هنا أمام شخصين ومصلحتين متعارضتين: مصلحة المريض المتضرر في تمكينه من الرجوع على الطبيب أو الجراح، وكل منهما أكثر ملاءمة من أولئك الأعوان أو المساعدين، وحيث إن المريض هو الطرف الضعيف، فإن مصلحته أولى بالرعاية والاعتبار.

فهل يسأل الطبيب أو الجراح عن أخطاء أعوانه ومساعديه حتى ولو لم يكن قد صدر منه شخصياً أي خطأ أو إهمال؟ وهل من الممكن أن يعامل الطبيب في هذه الحالة معاملة المتبوع بحيث يسأل عن أخطاء معاونيه ومساعديه بغض النظر عن صدور أو عدم

---

(1) أستاذنا د.حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق، ف41، ص27.

صدور خطأ من جانبه، ذلك أن المتبوع يسأل عن أخطاء تابعيه حتى ولو لم يرتكب هذا المتبوع أي خطأ؟ قد تقضي حالة المريض في كثير من الحالات أن يستعين الطبيب بغيره من الأطباء أو من الممرضين والممرضات، فإذا ارتكب أحد هؤلاء الأشخاص أو المساعدون خطأ، فمن المسؤول عن الخطأ؟ هل يسأل الطبيب عن خطأ هؤلاء الأشخاص؟ أم أن المسؤول هو المساعد نفسه عن خطئه الشخصي؟

القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية هي أن المتبوع يسأل عن خطأ تابعه إذا كان الضرر الذي أحدثه الأخير ناشئاً عن تعدٍ وقع منه أثناء قيامه بخدماته[1] ويقصد بالتابع كل شخص يكون للمتبوع عليه سلطة الرقابة والتوجيه، أما في المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير فيسأل المتعاقد عن عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن تقصير مساعده أو ممثله ويعد ممثلاً للشخص المتعاقد كل شخص يقوم بالتنفيذ نيابة عنه بأن يساعده في تنفيذ التزامه برضائه أو يتدخل في تنفيذ التزام المتعاقد ولم يمنعه من ذلك مع كونه قادراً على منعه، ويتبين من ذلك أن نطاق المسؤولية عن فعل الغير في المسؤولية التعاقدية أوسع منه في المسؤولية التقصيرية[2].

ويبدو أن تطبيق هذه القواعد لا يلقى صعوبة أو تعقيداً في دائرة المسؤولية العقدية لأن طبيعة التزام المتعاقد أنه التزام بنتيجة، ويفترض الخطأ في حالة عدم تنفيذ هذا الالتزام، ولكن في المسؤولية الطبية طبيعة التزام الطبيب هي على خلاف الأصل في الالتزامات التعاقدية، محله بذل عناية، ويترتب عليه إثبات الخطأ عند الإخلال بتنفيذ هذا الالتزام، وخاصة أن الفقه والقضاء يضيقان من مسؤولية الطبيب عن فعل الغير، بقدر ما يستطيعان وعلة هذا التضييق هو أن المسؤولية الطبية في ذاتها، وفي أبسط صورها عبء ثقيل على كاهل الطبيب أو الجراح، لذلك ينبغي عدم إرهاقه بمسؤولية مبنية على خطأ مفترض، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، إن مساعد الطبيب هو عادة إما من ذوي المهن الطبية أي من زملائه الأطباء، أو من ذوي المهن الصحية أي من الممرضين أو الممرضات الذين حصلوا على شهادات طبية تؤكد مؤهلاتهم، ومارسوا مهنة التمريض، لذلك يرى الفقه تحمل كل منهم نصيباً شخصياً من المسؤولية تقابله حالة من الاستقلال فيما يعهد به إليه من عمل طبقاً للقواعد المهنية، ولذلك قرر القضاء الفرنسي القديم أن الممرض أو الممرضة في حالة تنفيذ أحدهما أوامر خاطئة للطبيب لا يقترف خطأ يسأل عنه، بل إنما الذي يُسأل عن الضرر هو الطبيب الذي ارتكب

(1) المادة 219 من القانون المدني العراقي، قارن المادة 174 من القانون المدني المصري، المقابلتين للمادة 1384 من القانون المدني الفرنسي.

(2) د. وديع فرج، المرجع السابق، ص437، قارن د. الأبراشي، المرجع السابق، ص360.

الخطأ، أما إذا أمر الطبيب بعلاج ولم يقترف أي خطأ فإن الممرض الذي وقع منه خطأ في تنفيذ ما أمر به الطبيب يُسأل وحده عما اقترفه من خطأ دون الطبيب، بيد أن هذه الأفكار ينبغي أن لا يؤخذ بها على إطلاقها، فالطبيب الذي يهمل في مراقبة مساعده في عمله متى كانت هذه الرقابة واجبة أو الذي يسند إلى الممرض عملاً فنياً فيه كبير عناء وأهمية وخطورة خاصة في العلاج دون أن يتحرز ويتأكد هو بنفسه من صحة عمل هذا الممرض أو ذلك المساعد، وكذلك الطبيب الذي يكلف المساعد أو الممرض القيام بعمل يتحتم أن يقوم به هو بنفسه، في جميع هذه الفروض، يعد الطبيب مقصراً ويسأل شخصياً[1].

أما القضاء الفرنسي فقد اعترف بمسؤولية الطبيب أو الجراح عن أخطاء أعوانه ومساعديه منذ زمن بعيد، فعندما يعهد هذا الجراح أو ذلك الطبيب بعمل إلى هؤلاء الأعوان أو المساعدين يُسأل عمّا يقترفونه من أخطاء تلحق الضرر بالمريض أو بذويه، ويلاحظ الفقه[2] أن الاستناد إلى الفقرتين (1، 5 من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي) لا محل له وليس له أي مبرر والسبب في ذلك أن في القواعد العامة للمسؤولية العقدية ما يغني عن الاستناد إلى هذه المادة وإذا كانت بعض المحاكم الفرنسية تلجأ إلى فكرة مسؤولية الإنسان عن أفعال مساعديه أو متبوعيه العرضيين فإن ذلك من باب التزيد الذي لا مبرر له كما لاحظ بحق أحد كبار الأطباء الذين قاموا بدراسة للمسؤولية الطبية[3].

وعلى أية حال فقد اعترف القضاء الفرنسي بحق المريض المتضرر أو ذويه المضرورين في مقاضاة الطبيب المتبوع سواء أكان طبيباً جراحاً أم طبيباً ممارساً أم طبيباً مقيماً أم طبيب سرير، وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الطبيب الجراح الذي قام بإجراء العملية يعتبر (متبوعاً) بالنسبة للممرضة الراهبة التي تقوم بزرق إبر الدواء للمريض بناءً على أمر الطبيب وتحت إشرافه[4] وانطلاقاً من نفس هذه الفكرة قضت محكمة فرساي: بأنه على الرغم من أن الطبيب الذي يقوم بإعطاء المخدر للمريض قبل إجراء العملية، يقوم بعمله هذا على وجه الاستقلال، فإنه ينبغي أن يعتبر مع ذلك (تابعاً) للطبيب الجراح الذي يقوم بإجراء العملية لأن هذا الطبيب الجراح هو الرئيس

(1) د. وديع فرج، المرجع السابق، ص438، قارن د. الأبراشي، المرجع السابق، ص361.
(2) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات، المرجع السابق، ف42 ص27.
(3) كونبرويست، المسؤولية الطبية، ص925 (مشار إليه في مونزين وشاملر) نقلاً عن أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق، ف42 ص27.
(4) نقض مدني فرنسي في 15 تشرين ثاني (نوفمبر) 1955، دالوز 1956، ص113 أشار إليه أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق، ف42 ص27.

المشرف على العملية كلها بما فيها عملية التخدير فهو الذي يحدد نوع المخدر وكميته، ومن هنا كان عليه أن يتحمل نتائج كل خطأ يقترفه طبيب التخدير(1).

وقضت محكمة استئناف إكس بـ: ((أنه إذا كانت مسؤولية الطبيب أو الجراح مسؤولية لا يمكن حصرها أو تحديدها في الفترة الزمنية التي تستغرقها العملية الجراحية، وإذا كان هذا الطبيب الجراح يلتزم بالتأكد من سلامة وصحة عمليات التمريض أو التغيير التي يحتاجها هذا المريض، ويلتزم كذلك بالتحقق من مقدار العناية التي يلقاها مريضه وأن ذلك كله يجري طبقاً لتعليماته وإرشاداته، وأنه إذا كانت مسؤولية هذا الطبيب الجراح لا تتجاوز الفترة القصيرة التي تستغرقها العملية والتخدير، فإن من الظلم بل من التعسف أن نذهب إلى جعل هذا الطبيب مسؤولاً عن مقدار العناية التي يلقاها هذا المريض من موظفي المستشفى الذي يرقد فيه أو من المستخدمين والأعوان، خلال غيبة الطبيب أو الجراح وفي وقت يستحيل عليه فيه الإشراف على أعمال هؤلاء الأشخاص وعلى طبيعة نشاطهم أو سلامة تصرفاتهم (هذا إذا كان المستشفى غير مملوك لهذا الطبيب أو الجراح أو لم يكن مديراً له) واستطردت محكمة (إكس) تقول إنه ليس من المعقول على الإطلاق إلزام طبيب جراح يقوم بإجراء عدة عمليات جراحية في صباح كل يوم - وربما في أكثر من مستشفى واحد - بالبقاء واقفاً عند رأس كل سرير من الأسرّة التي يرقد فوقها مريض من مرضاه حتى يصحو وتزول عنه آثار المخدر.

واستخلصت المحكمة المذكورة من هذا كله أنه إذا ما أصيب واحد من هؤلاء الذين أجريت لهم عملية من العمليات بحروق جلدية نتيجة لوضعه في (قفص تدفئة) على أثر هبوط في درجة حرارته من أثر المخدر، أو نتيجة تطهير موضع العملية بمطهر يحتوي على مادة كاوية (مثل الليزول) دون مراعاة النسبة المقررة فيما أضيف إليه من ماء فإنه لا يمكن بل لا يصح، أن يعزى هذا الضرر بأية حال من الأحوال إلى الطبيب الجراح وإلقاء مسؤولية تعويض الضرر على عاتقه))(2).

وواضح أن محكمة استئناف (إكس) تميز في هذا الإطار بين نوعين من العناية الطبية، الأولى هي العناية الطبية التي يقوم بها الطبيب أو الجراح، والثانية هي العناية أو الرعاية التي يتلقاها المريض من مستخدمي المستشفى الذي يرقد فيه ويسأل الطبيب

---

(1) حكم محكمة فرساي، في 11 كانون أول (ديسمبر) 1970 (مشار إليه في شامار ومونزين، ص87) نقلاً عن استاذنا د. حسن الذنون، المرجع السابق، ف42، ص27.

(2) استئناف إكس، في 28 كانون الثاني (يناير) 1948 أخذناه عن أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق، ف43، ص28.

أو الجراح عن التقصير في بذل القدر الواجب بذله بالنسبة للنوع الأول دون النوع الثاني من العناية التي يسأل عنها المستشفى وبالتالي يتحمل التعويض عن الضرر الناجم عن الإخلال بهذه العناية.

ولتحديد مسؤولية الطبيب عن فعل الغير، يجب ملاحظة أربعة شروط مهمة: أولها ـ أن هناك عقداً بين الطبيب ومريضه، وثانيها ـ أن هذا العقد قائم على ثقة المريض بطبيبه، وبعبارة أخرى، إن شخصية الطبيب كانت محل اعتبار عند إبرام هذا العقد[1] وثالثها ـ أن يكون الضرر الذي لحق المريض ناجماً عن عدم تنفيذ الالتزام الذي تعهد به الطبيب أو أن تنفيذه كان معيباً، ورابعها ـ أن يكون (الغير) قد كلف من جانب الطبيب بأن يقوم بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به.

ويلاحظ أن الطبيب الذي يواجه المسؤولية عن فعل الغير إما أن يكون طبيباً يعمل في عيادة خاصة به أو مشتركة، أو في مستشفى خاص، أو في مستشفى حكومي أو مؤسسة طبية حكومية، ولذلك سنقسم هذا الفرع إلى ثلاثة مطالب، نخصص الأول منها لبحث مسؤولية الطبيب الذي يعمل في عيادة خاصة أو مشتركة، ونعقد الثاني لدراسة مسؤولية الطبيب الذي يعمل في إحدى المستشفيات الخاصة، ونفرد الثالث للكلام عن مسؤولية الطبيب الذي يعمل في إحدى المستشفيات أو المؤسسات المالية الحكومية العامة.

المطلب الأول: مسؤولية الطبيب الذي يعمل في عيادة خاصة أو مشتركة

يذهب الفقه[2] إلى أن الطبيب عندما يستعين بغيره في عمله الفني كاستعانته بطبيب تخدير[3] أو بمولدة أو بممرض أو ممرضة يسأل عمّا يقترفه هؤلاء المساعدون من أخطاء وما ينجم عن هذه الأخطاء من أضرار. وسبق أن ذكرنا أن مسؤولية الطبيب عن فعل الغير في هذا النطاق، ليست مسؤولية متبوع عن أفعال تابعه ـ كما هو الحال في المسؤولية التقصيرية ـ وإنما هي مسؤولية عقدية عن فعل الغير، يكاد الفقه والقضاء يجمعان على قيامها إلى جانب المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير. ففي بعض الحالات قد يدخل الطبيب المتعاقد من تلقاء نفسه دون موافقة المريض شخصاً غيره ليساعده في تنفيذ التزامه التعاقدي أو ليقوم هذا الغير وحده بتنفيذ هذا الالتزام، فهل

---

(1) أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق، ف119، ص72.

(2) أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف120، ص73، وديع فرج، مرجع سابق، ص438 ـ439. د. الأبراشي، المرجع السابق، ص358 ـ 359. د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف170 ص233.

(3) للأهمية الخاصة لطب التخدير بحثنا خطأ طبيب التخدير في فرع مستقل.

يسأل الطبيب عن خطأ الغير، إذا ما أخل هذا الغير بتنفيذ هذا الالتزام؟ وما طبيعة هذه المسؤولية؟ وفي فرض تعدد المتبوعين، كحالة الطبيب الذي يعمل في مستشفى خاص ولحسابه الخاص في هذا المستشفى عدد من أطباء التخدير، والأشعة وعدد من الممرضين والممرضات والأعوان الذين يستعين الطبيب بهم في مزاولته لعمله، فإذا اقترف أحد هؤلاء المساعدين خطأ ونجم عن هذا الخطأ ضرر أصاب المريض أو ذويه، فعلى من تقع المسؤولية أعلى الطبيب أم على المستشفى؟ وفي حالات أخرى قد يتسبب الغير في الإخلال بتنفيذ التزام الطبيب التعاقدي، وقد يؤدي تدخل الغير إلى إعفاء الطبيب المتعاقد من المسؤولية وإلى إلقاء المسؤولية على عاتق هذا الغير وحده.

من البديهي أن الشخص الذي يكلف غيره ليساهم معه في تنفيذ التزامه التعاقدي الذي تعهد به أو ليقوم هذا الغير وحده بتنفيذ هذا الالتزام يكون مسؤولاً عن عدم قيام هذا (الغير) الذي استعان به بتنفيذ الالتزام، أو أنه قام بتنفيذ هذا الالتزام ولكنه كان تنفيذاً خاطئاً أو معيباً، طبقاً للمبادئ المعروفة في دائرة المسؤولية العقدية.

وفي إطار المسؤولية العقدية للطبيب يتعين أن يسأل هذا الطبيب عن خطأ أعوانه ومساعديه الذين ساهموا معه بمباشرة العلاج أو الجراحة طبقاً لمفهوم عقد العلاج الطبي، إذ يجب أن يلاحظ ما ينطوي عليه هذا العقد من نصوص وبنود ومحتويات فإذا تبين أن الطبيب التزم بكل ما تقتضيه حالة المريض من عناية ورعاية فإنه يعتبر مسؤولاً عن كافة ما يقترفه أعوانه ومساعدوه من أخطاء، وإن هو كلف طبيباً غيره وأحله مكانه في مباشرة علاج المريض فإنه يكون مسؤولاً عما يقترفه هذا الطبيب الذي حل محله من أخطاء، إلا إذا تبين أن العلاقة العقدية التي كانت تربطه بالمريض قد انتهت وحلت محلها علاقة جديدة مع الطبيب الجديد، وهذه نتيجة طبيعية إذ ليس مما يتفق والإرادة المشتركة أن يفلت الطبيب المتعاقد الذي كانت شخصيته محل اعتبار عند إبرام العقد، حيث وضع المريض ثقته بهذا الطبيب - من المسؤولية عن بذل عناية طبية مناسبة لهذا المريض، بمجرد أن يحل محله طبيباً آخر وإن كان هذا الأخير مهملاً أو غير كفء[1] أما إذا تبين من العقد أن الطبيب لم يتعهد بكل ما تقتضيه حالة المريض من عناية ورعاية، وإنما اقتصر التزامه على مجرد إبداء الرأي فيما يلزم المريض من علاج والإشراف على توجيهه، فإنه لا يعتبر مسؤولاً عما يقترفه الأعوان والمساعدون من أخطاء بل يسأل عن أخطائه الشخصية فقط. فإذا وضع الطبيب تحت تصرفه ممرضة فليس عليه إلا أن يصدر إليها التعليمات الواضحة من الوجهة الطبية، فإذا لم يتبين أنه

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص362.

أخطأ في إصدار هذه التعليمات، فإنه لا يُسأل عما تقترفه هذه المرضة من أخطاء في تنفيذها لهذه التعليمات بل تُسأل المرضة وحدها فقط عما قارفته من أخطاء.

أما بشأن تعدد المتبوعين[1] ومثال ذلك الطبيب الذي يجري العلاج أو العملية الجراحية في إحدى المستشفيات الخاصة لحسابه الخاص، وفي هذا المستشفى الخاص عدد من الأطباء والمرضين والمرضات، فإن الحال يكون أكثر صعوبة عندما يتعلق الأمر بمستشفى خاص لا يقدم إلا الرعاية فقط، على أن يقوم بالعمل الفني أو تقديم العلاج أو الجراحة طبيب أو جراح يختاره المريض بنفسه، وهذه الحالة مألوفة في العراق في نطاق المستشفيات الخاصة في بغداد، فالمريض يراجع طبيباً أو جراحاً في عيادته الخاصة وبعد تشخيص حالته المرضية يختار الطبيب طريقة العلاج أو الجراحة ونوعها ويقوم بإرسال مريضه إلى أحد المستشفيات الخاصة التي اعتاد أن يقوم بمباشرة علاج مرضاه أو إجراء العمليات الجراحية لهم في هذا المستشفى. ففي هذا الفرض يكون هناك عقدان طبيان، أولهما، العقد الطبي المبرم بين الطبيب أو الجراح والمريض، وثانيهما، العقد المبرم بين المستشفى الخاص والمريض، وقد يقع أثناء مباشرة العلاج أو الجراحة خطأ يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمريض (أو بذويه) فعلى من تقع المسؤولية على الطبيب الجراح أم على المستشفى؟

يمكن القول إنه إذا كان الطبيب أو الجراح هو الذي اقترف الخطأ ففي هذه الحالة يكون مسؤولاً عن نتيجة خطئه وحده دون المستشفى لأن الخطأ الذي ارتكبه الطبيب أو الجراح لا يمت بصلة إلى الالتزام الواقع على كاهل إدارة المستشفى بتقديم الرعاية للمريض، فالطبيب أو الجراح عندما تعاقد مع المريض قد تعهد في هذا العقد أن يقوم بالعلاج أو بإجراء العملية الجراحية، بقصد معالجة المريض، وقد سلم المريض نفسه للطبيب لكي يقوم بتنفيذ تعهده، وعلى هذا الأساس قضت محكمة باريس بمسؤولية الطبيب عن الخطأ الذي يقع من جانبه، وأن هذه المسؤولية تمتد في الزمان حتى تمام شفاء المريض وعودته إلى حالته الطبيعية[2] ولكن ما الأمر إذا اقترف أحد العاملين في المستشفى خطأ الحق ضرراً بالمريض (أو بذويه)؟

يبدو أن الإجابة عن هذا السؤال ليست من السهولة بمكان، ففي مثل هذا الفرض تصبح الحالة أكثر صعوبة وتعقيداً لأن الأمر يختلف من حالة إلى أخرى، باختلاف ظروف كل قضية، فضلاً عن أن التطور الذي حدث في مجال العلاج يقتضي

(1) يقصد بالمتبوعين هنا كل من يساعد الطبيب في العملية الجراحية مثل طبيب التخدير، المعاون الصحي أو المرضة والأطباء الأعوان والمساعدين الذين يستعين بهم الطبيب الجراح في أداء مهمته.
(2) محكمة باريس في 5 كانون ثاني (يناير) 1945 دالوز، 1945، ص243.

من الجراح ضرورة التعاون خلال قيامه بالعملية الجراحية. وقد تناول القضاء الفرنسي هذه المشكلة في كثير من أحكامه، فقد قضت محكمة باريس بأنه: ((يسأل الجراح ليس فقط عن أخطائه الشخصية بل عن أخطاء الممرضين والمساعدين الآخرين الذين يقدمهم إليه المستشفى ليعملوا تحت إمرته))(1).

وقضت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بـ: ((أن الطبيب الجراح هو المسؤول عن أخطاء الممرضة التي عهد إليها زرق إبرة للمريض الذي أعده لإجراء العملية الجراحية))(2) وذهبت محكمة طولوز بخلاف القضاء السابق حيث قضت: بأن الممرضة التي تقوم بعملية نقل الدم إلى المريض تحت إشراف الطبيب الجراح لا تعتبر بمثابة التابع له وإنما تعتبر تابعة للمستشفى الذي تعمل فيه والذي يظل مسؤولاً عما تقترفه من أخطاء(3).

ويبدو أن القضاء الفرنسي متأرجح ومتردد في هذا الإطار ويقول أستاذنا الدكتور حسن الذنون في هذا الصدد: ((والواقع أن تردد القضاء الفرنسي في هذه الحالة يرجع إلى الأخذ أو عدم الأخذ بالفكرة التي تقول إنه إذا ما وضع المتبوع تابعه لفترة معينة، أو لمهمة معينة، تحت تصرف شخص آخر يملك عليه خلالها سلطة الإشراف والتوجيه فإن تبعية خطأ هذا التابع تنتقل من المتبوع إلى هذا الشخص الثاني))(4).

ويلاحظ على أحكام القضاء الفرنسي التضارب والاختلاف في الاتجاه الذي يتبناه هذا القضاء ولكن هذا الاختلاف وذلك التضارب يعود إلى اختلاف ظروف أو وقائع كل قضية تعرض على هذا القضاء فأحياناً تكون هناك حالة واضحة لا لبس فيها ولا غموض كحالة العيادة الخاصة المشتركة بين مجموعة من الأطباء كأن تضم هذه العيادة طبيباً جراحاً وطبيب أشعة وطبيباً للأمراض الباطنية وطبيب تحليلات مرضية ويوجد عدد من المساعدين في هذه العيادة كالممرضين والممرضات، فإذا كلف أحد أولئك الأطباء واحداً أو واحدة من هؤلاء الممرضين أو الممرضات بعمل طبي يعود إلى هذا الطبيب وحده، فإن هذا الطبيب يعتبر وحده المتبوع ويسأل عن الخطأ الذي ارتكبه الممرض دون العيادة المشتركة والسبب في ذلك هو أن العقد الطبي عقد قائم على الثقة؛ ثقة المريض بطبيبه، ومعنى هذا أن شخصية الطبيب كانت محل اعتبار عند إبرام هذا العقد، وانسجاماً مع هذه الثقة فإن المريض يعتمد في شفائه من الداء أو العلة

(1) محكمة باريس في 21 تموز (يوليو) 1955 دالوز 1955، ص763.

(2) نقض مدني فرنسي، في 15 تشرين ثاني (نوفمبر) 1955، نقلاً عن أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف122، ص74.

(3) محكمة طولوز، في 7 تموز (يوليو) 1960 نقلاً عن أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف122 ص74.

(4) أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق، ف123، ص75.

المرضية على الطبيب المعالج أو على الجراح أكثر من اعتماده على العيادة أو المستوصف لأن المريض منح ثقته لهذا الجراح أو ذلك الطبيب واعتمد على هذا أو ذاك، فإذا ما استعان هذا الطبيب بممرضين لفترة مؤقتة فإنه يتحمل تبعة ما يرتكبه هؤلاء المساعدون من أخطاء أثناء هذه المدة من الزمن فقط (فترة العلاج أو الجراحة فقط) دون العيادة المشتركة أو المستوصف. وتطبيقاً لما تقدم قضت محكمة السين بأنه: ((إذا كان لدى المستشفى الخاص جهاز كهربائي دقيق ذو قوة عالية جداً، وقد عهدت بإدارته وتشغيله إلى بعض المرضين أو المرضات الذي يعملون في هذا المستشفى، فإن العمل الجراحي يبدأ من اللحظة التي يرقد فيها المريض على مائدة العمليات، فمنذ هذه اللحظة تصبح المرضة التي تتولى تشغيل هذا الجهاز تابعاً مؤقتاً للطبيب الجراح وحده، فهو وحده المسؤول عما قد يصدر عن هذه المرضة من أخطاء سواء اتصلت بتشغيل الجهاز أم كانت أخطاء عادية لا علاقة لها بالمهنة لأنه وحده الذي يملك حق إصدار الأوامر إليها وعليه وحده واجب رقابتها وتوجيهها)).

وانطلاقاً من نفس الفكرة السابقة قضت محكمة استئناف ليون بأنه: ((إذا ما وضعت إحدى المرضات التي تعمل في أحد المستوصفات تحت تصرف طبيب جراح لمدة مؤقتة لمساعدته خلال الفترة التي تتطلبها العملية الجراحية فإنها تعتبر تابعة له خلال هذه الفترة فقط، فإذا ما انتهت هذه الفترة فإنه لا يكون للممرضة غير متبوع واحد هو المستوصف الذي تعمل فيه، فإذا ما انتهت العملية ونقل المريض إلى سريره وأفاق من أثر المخدر وقامت المرضة بإعطائه إبرة دواء مهدئ أوصى الطبيب الجراح بإعطائها له، فإن هذه المرضة لا تظل مع هذا كله تابعة للطبيب الجراح وإنما تعود إليها صفتها الأصلية التي أضفتها عليها مهنتها وهي كونها تابعة للمستوصف لا للطبيب الجراح وعلى هذا فإنه إذا ما أحدث زرق الإبرة المذكورة بعض المضاعفات (كخراج أو عرق النسا) فإن المستوصف ـ المستوصف وحده ـ هو الذي يلزم بالتعويض باعتباره متبوعاً يسأل عن أخطاء تابعيه))[1].

المطلب الثاني: مسؤولية الطبيب الذي يعمل في أحد المستشفيات الخاصة

يميز الفقه في مسؤولية الطبيب الذي يعمل في مستشفى خاص بين نوعين من العمل الطبي النوع الأول هو المعيار الطبي الفني والنوع الثاني هو العمل غير الفني ويتخذ

(1) استئناف ليون، في 29 تشرين أول (اكتوبر) 1951، دالوز 1952، ص763. أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق، ف124، ص75، قارن د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف170، ص233 ـ 235. نفس المعنى د. الأبراشي، المرجع السابق، ص366.

من هذا التمييز معياراً لمعرفة متى تتوافر رابطة التبعية بين المستشفى الخاص والطبيب الذي يعمل فيه، ويستتبع هذه التفرقة نوعان من الرقابة يختلف كل منهما من حيث كفايته في إنشاء رابطة التبعية التي تقتضي خضوعاً كاملاً من التابع لرقابة المتبوع وأوامره، فالنوع الأول رقابة عامة، الغرض منها التحقق من مراعاة المتعهد لشروط العمل المتفق عليها والنوع الثاني من الرقابة يستلزم التدخل في وسائل تنفيذ العمل وفي طريقة إدارته، وتعتبر الرقابة التي من النوع الثاني فقط منشئة لعلاقة التبعية وليست الرقابة التي من النوع الأول[1].

فمن كان له في عمله استقلال يخرجه عن سلطة غيره لا يعتبر تابعاً لذلك الغير[2] فإذا كان الطبيب الذي يعمل في المستشفى الخاص معيناً من قبل مجلس إدارتها فهذا لا يمنع تمتعه بالاستقلال في العناية التي يبذلها لمرضاه، ولا يمكن لإدارة المستشفى أن تصدر إليه أمراً فيما يدخل في صميم فنه، لأن إصدار المستشفى أوامر للطبيب فيه اعتداء على المهنة الطبية، فالطبيب لا يمكن أن يكون تابعاً في كل ما له اتصال بعمله الفني على الأقل إذا لم يكن المتبوع طبيباً آخر لأن تبعية الطبيب تقتضي خضوعاً تأباه المهنة الطبية، بل الأمر أكثر من هذا، إذ يرى البعض[3] أن الطبيب ينبغي أن لا يعتبر تابعاً حتى في عمله غير الفني وأن انعدام علاقة التبعية يعود إلى أن مزاولة المهنة الطبية تقتضي الحصول على شهادات تأبى أن يكون الطبيب تابعاً لغير الحاصلين على شهادات مماثلة.

ويقول الدكتور الأبراشي في هذا المعنى: ((... وقد قضي باعتبار أحد الأطباء تابعاً لطبيب أسنان. والواقع أنه لو صح أن الطبيب لا يمكن أن يعتبر تابعاً في كل ما له اتصال بعمله الفني، لما يجب أن يتمتع به من حرية في مباشرة مهنته فإنه لا محل للتفرقة بين ما إذا كان الشخص الذي نريد إخضاعه له طبيباً أم غير طبيب، إذ القول بغير ذلك فيه إغفال للاعتبارات الأدبية التي أوجبت استقلال الطبيب في مباشرة العلاج الذي يختاره ويرتضيه للحالة المعروضة عليه، لا شك أن الطبيب يجب أن لا يخضع لشخص لا إلمام له بالفن الطبي ولكنه يجب أن لا يفقد حريته حتى قبل زملائه الحاصلين على

(1) د. سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص398، ومقاله الموسوم، مسؤولية إدارة المستشفى عن خطأ الطبيب المرجع السابق، ص171، قارن د. الأبراشي، المرجع السابق، ص376 ـ 377.

(2) مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، المرجع السابق، ف201، ص170، قارن د. الأبراشي، المرجع السابق، ص377.

(3) فلور، العلاقات بين المتبوع والتابع، ص171 نقلاً عن الأبراشي، المرجع السابق، ص379 هامش رقم 2.

شهادات مماثلة ولو فاقوه علماً وتجربة فمصلحة المريض تأبى أن يلزم الطبيب بتطبيق علاج لا يطمئن إليه ولا يرضاه المريض الذي أولاه ثقته ووضع حياته بين يديه))[1].

ويقضي المنطق أن يكون للطبيب استقلال وحرية في اختياره لطريقة ونوع العلاج الذي تقتضيه حالة المريض لكي لا تتعرقل جهوده بتدخل أناس ليس لهم علم أو خبرة بأصول الفن الطبي، ولكن هذا لا يعني أن الطبيب يتمتع بمركز قانوني خاص في جميع الأمور التي ليس لها تعلق بالتطبيق الصحيح لأصول الفن الطبي، ولذلك فإن تدخل المستشفى الخاص التي يعمل فيها الطبيب له ما يسوغه وخاصة في الأمور التي لا تخص الفن الطبي. وبناءً على ما تقدم فإن صفة الطبيب ليست مستتبة، وإنما تتغير من حال إلى حال، فأحياناً يتمتع بحرية واسعة، وأحياناً أخرى لا يتمتع بهذه الحرية، بل يكون خاضعاً لغيره وفي هذه الحالة الأخيرة أي عندما يكون مديناً بالخضوع إلى غيره، فإن ما يقترفه من أخطاء يجب أن يسأل عنها هذا الغير أي المستشفى، إذا كانت هذه الأخطاء لا تدخل في أصول الفن الطبي، فإذا أمر بدواء سام وأعطى المريض كمية كبيرة من هذا الدواء فتوفي المريض في الحال وإذا تسبب بنقل عدوى إلى المريض نتيجة لعدم تعقيم الآلات والأدوات الطبية وإذا أصاب عضواً سليماً من أعضاء المريض عند إجرائه العملية الجراحية، ففي مثل هذه الحالات وما شابهها، يُسأل الطبيب وحده دون المستشفى التي يعمل فيها هذا الطبيب، لأن عمل الطبيب في الحالات السابقة ذو صبغة فنية ليس للمستشفى أن يقوم بمراقبته في الأعمال الفنية. أما في حالة الأعمال التي ليست لها صبغة فنية فإننا سنواجه هنا إهمالاً عادياً يجعل من حق المستشفى أن يراقب الطبيب، وبالتالي فإن إدارة المستشفى إذا أهملت في تشديد رقابتها على الطبيب فإنها تكون مسؤولة عما يقترفه من أخطاء في هذا الإطار لأن المستشفى لو أحسنت الرقابة والإشراف لاستطاعت تلافي الإهمال العادي للطبيب.

ويبدو أن هذه التفرقة غير موفقة لأنه في جميع الحالات تكون مسؤولية المستشفى الخاص عن خطأ الطبيب تعاقدية وليست تقصيرية. فالمستشفى بقبوله للمريض يضمن له رعاية ملائمة لحالته الصحية وهو مسؤول عن عدم تنفيذ هذا الالتزام العقدي إلى أن يقيم الدليل على توافر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، ولا يمكن أن يعد خطأ الطبيب من قبيل القوة القاهرة لأن المستشفى هو الذي اختاره وهو الذي عهد إليه بتنفيذ التزامه في إجراء العلاج أو الجراحة، ففي دائرة الالتزام العقدي من حق المتعاقد أن ينيب غيره في التنفيذ بشرط أن يكون مسؤولاً عن الأخطاء التي

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص379، هامش رقم 3.

يقترفها هذا الغير، إن لم يقم المناب بتنفيذ الالتزام على الوجه المتفق عليه، ومن ثم فالمسؤولية هنا لا تفترض قيام رابطة التبعية بالمفهوم الذي تنص عليه المادة 1384 مدني فرنسي المقابلة للمادتين 174 مدني مصري و219 مدني عراقي، ويبنى على ذلك أن المستشفى الخاص الذي يتعهد بإجراء العلاج أو العملية الجراحية للمريض ثم يعهد بهذه العملية أو ذلك العلاج إلى طبيب معين لتنفيذ التزامه، إنما يضمن فعل هذا الطبيب سواء في النطاق الفني أم خارج هذا النطاق، وهذا بلا ريب هو الهدف أو الغاية من التعاقد وإلا كان تغريراً بالمريض[1].

ويبدو كذلك أن بحث علاقة التبعية في إطار الالتزام العقدي للقول بمسؤولية المستشفى الخاص غير موفقة لأن رابطة التبعية، كما هو مقرر في المواد (1384 مدني فرنسي 174 مدني مصري و219 مدني عراقي) لا تعرض إلا في الحالات التي تكون فيها المسؤولية تقصيرية، كمسؤولية المستشفى قبل ذوي المريض الذي توفي نتيجة خطأ الطبيب عما أصابهم شخصياً من ضرر نتيجة فقد مورثهم. ففي هذه الحالة تكون المسؤولية تقصرية ويجب أن يعتبر الطبيب تابعاً للمستشفى الخاص الذي يعمل فيها حتى فيما يعتبر من صميم فنه، ولا مانع في أن تلحق صفة التبعية الأشخاص الذين ينطوي عملهم على صبغة فنية لا يلم بها المتبوع فتكون رقابة هذا الأخير على مجرد التوجيه العام، لأن تقسيم العمل والتخصص الفني الدقيق الذي يشهده العمل ينافي إلمام المتبوع إلماماً تاماً بالجوانب كافة التي تنطوي عليها أعمال تابعيه، والغالب أن من يستعين بشخص ذي علم فني خاص إنما يستعين به لعجزه عن الإلمام بأصول فنه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى إن مناط علاقة التبعية هو في حلول شخص محل آخر في القيام بعمل لصالحه ولحسابه، وبديهي أن علاقة التبعية على هذا الأساس لا تستلزم خضوعاً تاماً من التابع للمتبوع، إنما يكفي لقيامه ثبوت الحق في التوجيه العام للمتبوع على التابع، وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه[2].

وإذا كان الطبيب يشغل مركزاً اجتماعياً خاصاً، فإن هذا المركز لا يؤثر في وجود علاقة تبعية أو عدم وجودها، ولذلك فإن رابطة التبعية بين الطبيب والمستشفى الخاصة موجودة، أي أن الطبيب الذي يعين في المستشفى يكون تابعاً له حتى ولو كانت علاقة تبعية أدبية فهي كافية لتحميل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب[3].

---

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص383.

(2) د. أحمد حشمة أبو ستيت، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف517، ص480، قارن مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، المرجع السابق، ف200، ص170.

(3) د. أحمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف517، ص479، قارن د. الأبراشي، المرجع السابق، ص389.

ويجب أن تنضم مسؤولية المستشفى الخاص إلى مسؤولية الطبيب الذي يعمل فيها لتوفر للمريض ضماناً كبيراً وأكيداً للوصول إلى حقه في تعويض الضرر الناجم عن خطأ الأطباء، وإنه لمن المصلحة انضمام مسؤولية المستشفى الخاص إلى مسؤولية الطبيب الذي يعمل فيها، لكي تضطر المستشفيات الخاصة إلى حُسْن اختيار أطبائها ومساعديهم خاصة وأن هذه المستشفيات الخاصة أصبحت من الكثرة في العراق بصدور قانون الصحة العامة رقم 89 لسنة 1981[1] الذي أجاز فتح المستشفيات وصدور قانون المستشفيات الأهلية رقم 25 لسنة 1984[2] الذي أجاز تأسيس شركات محدودة لإنشاء مستشفيات أهلية بموجب المادتين الأولى والثانية من هذا القانون، وقد تكثر الأخطاء من قِبَل الأطباء ومساعديهم ويضيع حق المريض أو يصعب الوصول إلى حقه ولا سيما أن هذا القانون قد أجاز ـ بموجب المادة الحادية عشرة المعدلة بموجب قانون التعديل الأول لقانون تأسيس المستشفيات رقم 100 لسنة 1984[3] استخدام الأجانب بنسبة لا تزيد على 20٪ من ذوي المهن الطبية ولا تزيد على 30٪ من ذوي المهن الصحية و20٪ من العُمّال الفنيين في المستشفى من مجموع العاملين فيه، ويستمر العمل في هذه المادة حتى عام 1994.

ويسأل المستشفى (المتبوع) عن خطأ الطبيب (التابع) في الحالات كافة التي تجب فيها مسؤولية الأخير سواء عن خطأ ثابت أم خطأ في الحراسة أم عن خطأ من الغير. ولكن هل يمكن أن يعتبر الطبيب (التابع) للمستشفى حارساً لشيء سلمه إليه المستشفى (المتبوع)؟ وهل يمكن أن يعتبر الطبيب التابع للمستشفى متبوعاً لأحد الأطباء أو المساعدين في المستشفى؟

لا شك أن المالك المتبوع وهو هنا المستشفى إذا تخلى عن سلطته في استعمال الشيء للطبيب التابع، فإنه بذلك يتخلى عن حراسته لذلك الشيء ويصبح الشيء المتخلى عنه تحت حراسة التابع، دون أن يترتب على ذلك أن يفقد التابع صفته، لأن صفة الحارس والتابع صفتان غير متنافرتين ويمكن اجتماعهما، أي أن يكون الشخص تابعاً وحارساً في نفس الوقت، فالطبيب يمكن أن يكون تابعاً للمستشفى وحارساً للأدوات والأجهزة التي سلمها إليه المستشفى في ذات الوقت، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن التابع يمكن أن يكون بدوره متبوعاً لغيره، ما دام أنه يستخدم ذلك الغير في تنفيذ التزام أو أداء عمل هو أصلاً كلف بالقيام به، وبناءً عليه فإن

(1) نشر القانون في جريدة الوقائع العراقية، العدد (2845)، في 17 آب 1981.
(2) نشر القانون في جريدة الوقائع العراقية، العدد (2985)، في 19 آذار 1984.
(3) نشر القانون في جريدة الوقائع العراقية، العدد (3029)، في 21 كانون الثاني 1985.

الطبيب التابع للمستشفى الخاص يمكن أن يكون حارساً للأشياء (الأجهزة والمعدات) التي سلمها إليه المستشفى، إذا تخلى الأخير عن سلطته في استخدامه لهذه الأشياء وبذلك تجتمع في الطبيب التابع صفتان، صفة التابع وصفة الحارس ومن جهة أخرى يمكن أن يكون الطبيب التابع للمستشفى متبوعاً لغيره من الأطباء والمساعدين وعلاقة التبعية لا تبرز إلا إذا كان الطبيب معيناً من قبل إدارة المستشفى أو كان بينه وبين المستشفى عقد إجارة أشخاص أو عقد عمل.

ننتقل إلى حالة أخرى لا توجد فيها علاقة تبعية بين الطبيب والمستشفى، فقد لا تتعدى رابطة الطبيب بالمستشفى الخاص مجرد علاقة خاصة أو تعهداً من المستشفى بتقديم عدد من الأسرّة والمعدات الطبية الأخرى لقاء مبلغ محدد عن كل عملية جراحية، وفي هذه الحالة لا توجد رابطة تبعية بين الطبيب والمستشفى، فكيف نحدد في هذه الحالة من هو المسؤول الطبيب أم المستشفى عن فعل أولئك الأشخاص المساعدين؟

إن تحديد من هو المسؤول عن فعل أولئك الأشخاص المساعدين، الطبيب أم المستشفى الخاص مسألة بالغة الأهمية وتحتاج إلى الدقة، والسبب في ذلك هو تعدد وتداخل العلاقات وتشابكها فيما يتعلق بالمساعدين المرتبطين بهذا المستشفى الخاص ومساهمتهم في تنفيذ الالتزام في مواجهة الطبيب أو في مواجهة المستشفى تجاه المريض، ذلك أن الحدود الفاصلة بين الالتزامين (التزام الطبيب والتزام المستشفى) في العناية والرعاية الطبية غير موضحة إذ ليس هناك حد فاصل بين الالتزامين، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، ما هو الأمر بالنسبة لمضمون الإرادة المشتركة لدى كل من إدارة المستشفى الخاص والطبيب؟ وهل إن إرادة المستشفى الخاص اتجهت إلى التخلي عن سلطتها تجاه المساعدين للطبيب؟ وهل يجب مراعاة العادات الطبية في هذا الشأن؟ وهل يجب التمييز بين مسؤولية الطبيب الذي يفرض المستشفى الخاص على المريض ومسؤولية الطبيب الذي يعالج المريض في المستشفى الخاص التي اختارها هذا المريض؟ وكذلك يثور التساؤل عن مسألتي المتبوع الأصلي والمتبوع العرضي.

لتحديد مسؤولية الطبيب عن الغير الذي استعان به في تنفيذ العقد الذي نشأ بينه وبين المريض، ينبغي التفرقة بين حالة الطبيب المالك للمستشفى وحالة المستشفى التي تتعهد للمريض بتقديم الرعاية الطبية. ففي هاتين الحالتين، عندما يرتكب أحد المساعدين - سواء أكان طبيباً أم مساعداً (ممرضاً أو ممرضة) - خطأ نتج عنه إلحاق الضرر بالمريض (أو بذويه) ففي هذه الحالة يسأل الطبيب المالك أو المؤسسة الطبية نفسها عن هذا الخطأ (باعتباره أو باعتبارها) مديناً بالتزام الرعاية، وعلى هذا تثور

مسؤوليته عن عدم تنفيذ الالتزام أو تنفيذه تنفيذاً معيناً، طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية[1] هذه حالة ما إذا تعاقد المريض مباشرة مع الطبيب المالك للمستشفى على إجراء العلاج دون تحديد لطبيب معين ومن الطبيعي أن المستشفى الخاص لديها أطباء وممرضون يعملون لحسابها وبرواتب محددة.

أما في حالة المستشفى الخاص التي تتعهد بتقديم الرعاية الطبية فقط على أن يقوم بالعمل الطبي أو الفني (العلاج أو الجراحة) طبيب أو جراح يختاره المريض بنفسه، فإنه ـ كما ذكرنا سابقاً في المطلب الأول عند الكلام عن تعدد المتبوعين ـ يجب التعامل مع عقدين، الأول أبرم بين المريض والطبيب، والثاني أبرم بين المريض والمستشفى، فإذا كان الخطأ يرجع إلى فعل الطبيب فهو المسؤول. أما إذا كان الخطأ قد ارتكب من قبل أحد أولئك المساعدين في المستشفى، فإن الأمر يختلف من حالة إلى أخرى، والشيء المهم في هذه المسألة هو الأخذ بالتبعية العرضية في هذا النطاق، والمعيار المعول عليه هو معيار سلطة الإشراف والرقابة ويكفي لاعتبار الطبيب متبوعاً عرضياً بالنسبة لأولئك الأشخاص أو المساعدين الذين وضعتهم المستشفى تحت تصرفه أن يقام الدليل على أنهم خاضعون لرقابة وإشراف هذا الطبيب في فترة معينة أو خلال عملية جراحية، ويتعين إقامة الدليل على أن إدارة المستشفى الخاص قد قصدت التخلي عن سلطتها في الرقابة والإشراف على المساعدين للطبيب، وعلى هذا فإذا أصبح المساعدون (الممرض أو الممرضة) وغيرهما من التابعين أصلاً للمستشفى تحت إشراف ورقابة الطبيب في فترة إجراء العملية الجراحية، وهذا الطبيب لا تربطه علاقة تبعية بهذا المستشفى، فإنه أي الطبيب يصبح متبوعاً عرضياً بالنسبة لهؤلاء المساعدين وبالتالي يسأل عمّا يقترفونه من أخطاء. أما المستشفى الخاص باعتباره متبوعاً أصلياً فإنه لا يسأل عن خطأ المساعدين (في تلك الفترة بالذات) لانتقال تبعيتهم إلى الطبيب حيث أصبح يمارس سلطة الإشراف والرقابة مؤقتاً. ولذلك فإن المسؤولية عن خطأ المساعدين يتحملها المستشفى (المتبوع الأصلي) أحياناً، وفي أحيان أخرى يتحملها الطبيب (المتبوع العرضي) والمعيار المعول عليه هو سلطة الإشراف والرقابة من قبل المتبوع على التابع فأينما انتقلت سلطة الإشراف والرقابة انتقلت معها المسؤولية وبعبارة أخرى إن وجدت هذه السلطة سواء لدى الطبيب أم لدى المستشفى الخاص تتحمل مسؤولية الأخطاء المرتكبة من قبل المساعدين[2] وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض

(1) د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ف170، 233.

(2) قارن د. أحمد محمد سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، المرجع السابق، ص77، ص149.

الفرنسية بأنه: ((يسأل الجراح بمقتضى المادة 1384 ف5 مدني فرنسي عن هؤلاء المساعدين باعتباره متبوعاً عرضياً))[1] وقضت هذه المحكمة بـ: ((أن المريض الذي ينفذ أوامر خاطئة للطبيب لا يرتكب خطأ يسأل عنه، بل يسأل الطبيب المخطئ وحده عن الضرر الذي نجم عن هذا الخطأ))[2].

وانطلاقاً من نفس هذه الفكرة قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: ((يسأل الطبيب نتيجة إعطائه تعليمات عن طريق التلفون للممرضة بمغادرة امرأة بعد الولادة مما نتج عنه وفاة المرأة في بيتها))[3].

يتبين من هذا القضاء أنه عندما يتخلى المستشفى الخاص عن المساعدين للطبيب أو للجراح لفترة معينة هي فترة العلاج أو إجراء العملية الجراحية، فإن سلطة الرقابة والإشراف يمارسها هذا الجراح أو ذلك الطبيب وحده، ولهذا يعتبر وحده هو الضامن لأفعال المساعدين خلال تلك الفترة لأن هؤلاء المساعدين يتلقون الأوامر خلال تلك الفترة من الطبيب أو الجراح.

ويقول أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون في هذا المعنى: ((إن مركز الطبيب يختلف باختلاف طبيعة الرابطة التي تربطه بهذا المستشفى، فقد لا تتعدى علاقة الطبيب بهذا المستشفى مجرد تعهد من المستشفى بتقديم عدد من الأسرّة والخدمات الطبية الأخرى لقاء مبلغ محدد عن كل عملية أو لقاء نسبة معينة من الأجور التي يتقاضها الطبيب من مرضاه، وفي هذه الحالة لا يعتبر الطبيب تابعاً للمستشفى ولا المستشفى متبوعاً بالنسبة له، ولكن الطبيب يعتبر (متبوعاً عرضاً) بالنسبة لأولئك المساعدين الذين وضعتهم المستشفى تحت تصرفه خلال إجراء العملية، فإذا ما انتهت العملية عاد هؤلاء المساعدون إلى صفتهم التي كانوا عليها وهي كونهم أتباعاً للمستشفى لا للطبيب))[4].

ولكن ما مدى مسؤولية الطبيب أو الجراح عن الرعاية والعناية الطبية، هل يلزم الطبيب بالحضور شخصياً لتقديم العلاج العادي للمريض؟ وهل تتوقف هذه المسؤولية عند العمل الجراحي الفني (العمل الجراحي الأصلي) وتبدأ بعدها مسؤولية المستشفى الخاص عن العناية والرعاية التي يلتزم هذا المستشفى بتقديمها إلى المريض؟ وهل تتوقف مسؤولية الطبيب عند هذا الحد أم تمتد لتغطي الرعاية العادية التي تقدمها المستشفى،

(1) نقض مدني فرنسي، في 15 تشرين ثاني (نوفمبر) 1955، دالوز 1956، ص113.
(2) نقض مدني فرنسي، في 11 حزيران (يونيو) 1963، جازيت دي باليه 1963، 2 ـ 307.
(3) نقض مدني فرنسي، في 25 مايس (مايو) 1972، دالوز 1972، ص175.
(4) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات، المرجع السابق، ف125، ص71.

وبالتـالي تتـزامن وتترافـق الرعايتـان المقـدمتان مـن طبيـب الجـراح والمستـشفى ويسأل الطبيـب والمستـشفى متـضامنين عـن أخطـاء المـساعدين؟ وهـل مـن الممكـن أن تثـور المسؤولية المشتركة بـين الطبيـب والجـراح والمستـشفى الخـاص؟ وفي حالـة عـدم قيـام المسؤولية المشتركة هل من الممكن أن يسأل المستشفى الخـاص وحـده باعتبـاره ضـامناً لأخطاء الطبيب والمساعدين المنفذين لالتزامه؟ الإجابة عن هـذه التساؤلات هـو مكمـن المشكلة.

بـادئ ذي بـدء يمكـن القـول أنـه لا يمكـن أن تثـور المـسؤولية المشتركة للطبيـب والمستـشفى الخـاص إلا في حالـة وجـود شـرط صـريح في العقـد ينص علـى إعمـال هـذه المسؤولية، وفي حال عدم وجود مثل هـذا الشرط يتعين التمييـز بـين العمـل الطبي الفني المقدم من قِبَل الجراح والرعاية العادية المقدمة من قِبَل المستشفى، ذلك أن العمل الطبي الفني يؤدي إلى نهوض مسؤولية الجراح، أما الرعاية العاديـة المقدمـة مـن قِبَـل المستشفى فتفضي إلى إثارة مسؤولية المستشفى الـتي اسـتعانت بـالممرض المهمـل، فالرعايـة المقدمـة من المستشفى ليست جزءاً من الرعاية التي يقدمها الطبيب فهـي لا تعتبر امتـداداً للعمـل الطبي الفني (العملية الجراحية) التي قام بها الجراح، أو نتيجة مباشرة لها، ولذلك تقوم مسؤولية المستشفى عن الخطأ الذي يقترفه أحد المساعدين خـلال قيامـه بهـذه الرعايـة، إلا إذا اتفق المريض مع الطبيب في العقـد الطبي علـى قيـام الطبيـب بتقـديم هـذه الرعايـة وأنـه عهـد الأخير بتنفيـذها إلى المستـشفى حيـث تلقـى المـسؤولية في هـذه الحالـة علـى الطبيـب دون المستشفى، وعلـى هـذا الأسـاس قضت محكمـة إكـس بـ: ((أن مـسؤولية الطبيب لا تمتد إلى الرعاية التي يقدمها الأشخاص الذين يعملون في المستشفى، والـذين لا يرتبطون مع عمله بعلاقة مباشرة بل تنحصر أعمالهم في القيام بأعمال الرعاية العادية التي تقدم إلى أي مريض يوجد بالمستشفى))[1].

وقد استظهرت المحكمة بـأن الخطـأ الفـني للمستـشفى الـذي يقـوم بتقـديم عـلاج غير صحيح إلى المريض، يفضي إلى نهوض مـسؤوليته دون الطبيـب لأن المستشفى تتعهـد بتنفيذ العلاج الذي أمر به الطبيب المعالج، وعلى هذا الأساس تسأل عـن التنفيـذ المعيـب لأوامر الطبيب، لأن هذا التنفيذ يدخل في النطـاق العـادي للنشاط الطبي الـذي يقـوم بـه المستشفى ولذلك تسأل المستشفى عن الخطأ الذي يقترفه أحد المساعدين الذين تستعين بهم في تنفيذ التزاماتها، ذلك لأنه من المستحيل أن نطلب من الطبيـب الحـضور شخـصياً لتقديم العلاج العادي إلى المريض كلما قدمنا جرعة من الدواء المحدد إليه.

(1) حكم محكمة إكس، في 9 تموز (يوليو) 1951، الأسبوع القانوني، 1952، 6745، نقلاً عن د. عبدالرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ص237.

وذهب رأي[1] في فرنسا إلى النظر إلى هذه المشكلة من حيث تشابك التزامات المستشفى الخاص من جانب، والتزامات الطبيب المعالج من جانب آخر، فالمستشفى الخاص لا تلتزم إلا بتقديم العلاج الطبي كما ورد في العقد، أما من الناحية الطبية فهي لا تلتزم إلا بدور ثانوي وكمنفذ فهي لا تقدر كيفية تقديم العلاج الطبي للمرضى الذين يوجدون في المستشفى إلا في حالة تقديم الإسعافات السريعة، وإنما تنتظر قدوم الطبيب المعالج. وينبغي كذلك التمييز بين مسؤولية الطبيب الذي يفرض المستشفى الخاص على المريض، ومسؤولية الطبيب الذي يعالج المريض في المستشفى التي اختارها هذا المريض. ففي حالة الطبيب الذي يفرض المستشفى على المريض يكون التزامه ومسؤوليته أكثر مدى من حالة الطبيب الذي يعالج المريض في المستشفى التي اختارها هذا المريض، حيث يلتزم الطبيب الذي فرض المستشفى الخاص على مريضه إلى جانب هذه المستشفى ببذل العناية اللازمة للمريض، أما إذا توجه المريض مباشرة إلى المستشفى الخاص للعلاج، فإن المستشفى يلتزم وحده ببذل العناية الواجبة حتى إتمام العلاج، بالتالي تثور مسؤوليتها عما يرتكبه المساعدون الذين تستعين بهم من أفعال ضارة ألحقت الأذى بالمريض (أو بذويه).

ويذهب رأي[2] آخر إلى أنه يجب التمييز بين ثلاث مراحل من مراحل العلاج هي مرحلة ما قبل العلاج ومرحلة العلاج ذاته ومرحلة ما بعد العلاج وذلك في إطار العناية التي تمنح للمريض بواسطة المرض في المستشفى الخاص، فهل تغطي مسؤولية الطبيب أو الجراح هذه المراحل الثلاثة؟ أم أنها تقتصر على إحدى هذه المراحل دون غيرها؟

يخضع المريض في مرحلة ما قبل العلاج لفحوصات وأبحاث متعددة الجوانب، فعند دخول المريض إلى المستشفى يقوم الأطباء المتخصصون قبل إجراء العمل العلاجي أو الجراحي، بإجراء التحليلات المختبرية والفحوصات الطبية اللازمة، مثل إجراء تخطيط للقلب أو إجراء الأشعة فوق الصوتية (السونار) أو الأشعة الأخرى الملونة أو العادية وتحليل الدم لمعرفة نسبة السكر واليوريا وفصيلة الدم وتحليل الإدرار وفحص الصدر وإجراء تحليل مختبري للأنسجة وكذلك فحصه لمعرفة مدى حساسيته ضد المخدر وضد بعض العقاقير والأدوية، كل هذه الفحوصات تجري للتأكد من قابلية المريض الصحية لإجراء العلاج أو العملية الجراحية وسلامته من بعض الأمراض التي يفضي وجودها إلى مخاطر جسمية إذا أجرى الطبيب الجراحة مع وجود هذه

---

(1) د. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، المرجع السابق، فـ79، ص152 والمصادر الفرنسية التي أشار إليها.

(2) د. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص، المرجع السابق، فـ79، ص152.

الأمراض[1] ففي هذه المرحلة التحضيرية قبل إجراء التدخل العلاجي أو الجراحي فالطبيب الذي يمارس مهنته في المستشفى الخاص لا يأخذ على كاهله في كل الحالات أن يتعهد بأن يقدم المساعدون والممرضون العناية وبذل الجهد في العلاج على أحسن ما يرام لذلك فإن مدى التزام الطبيب ومسؤوليته عن خطأ الممرضين والمساعدين تجاه المريض وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية عن فعل الغير يتنوع في مداه طبقاً لما إذا كان المريض قد فرضت عليه المستشفى من قِبَل الطبيب أو اختارها المريض بنفسه، فإذا فرض الطبيب المستشفى الخاص على المريض فإنه قصد التزامه بالعناية التامة، وبالتالي يسأل هذا الطبيب عن أخطاء المساعدين والممرضين الذين اقترفوا خطأ ما أثناء تلك المرحلة والسبب في ذلك هو أن الطبيب أدخل المساعد والممرض في تنفيذ التزامه قبل المريض بالعناية لأنه بفرضه المستشفى الخاص على المريض يكون متضمناً التزامه بعناية المساعدين والممرضين المتممين لعمله منذ خضوع المريض لسلطته، أما إذا لم يفرض الطبيب المستشفى الخاص على المريض بل كان الأخير هو الذي اختارها فلا يسأل هذا الطبيب عن أخطاء المساعدين والممرضين إلا إذا كان الخطأ نتيجة لأوامر خاطئة أمر بها الطبيب ونفذها المساعد أو الممرض.

أما في أثناء مرحلة العمل العلاجي أو الجراحي فيسأل الطبيب أو الجراح عن الأفعال الضارة التي تصدر منه شخصياً أو من مساعديه سواء أكان الخطأ المقترف يخص الفن العلاجي أم الجراحي أم خطأ عادياً في التمريض باعتباره متبوعاً عرضياً لأولئك المساعدين والممرضين.

ولا يتوقف عمل الطبيب أو الجراح عند إجراء العمل الجراحي، ولا يقتصر على هذه المرحلة بل يمتد ليغطي الفترة التي يكون فيها المريض واقعاً تحت تأثير المخدر فعلى الطبيب متابعة النتائج الناجمة عن العمل الجراحي واتخاذ الوسائل الكفيلة لمنع أي مضاعفات قد تطرأ على حالة المريض، ويجب أن يقوم الطبيب الجراح بذلك شخصياً فإذا ما عهد بذلك إلى الممرض فهل يسأل الجراح؟

يذهب الفقه[2] إلى نفس التفرقة السابقة وهو التمييز بين حالة فرض المستشفى على المريض وحالة اختيار هذا المريض للمستشفى بنفسه.

---

(1) د. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، مضمون الالتزام العقدي، المطبعة العربية الحديثة 1976، ف23، ص20، قارن د. الأبراشي، المرجع السابق، ص260، د. الجوهري، المرجع السابق، ص294، د. وديع فرج، المرجع السابق، ص425 و426.

(2) د. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص، المرجع السابق، ف79، ص151 بالإشارة إلى: J. ambialet ص88، قارن د. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، مضمون الالتزام العقدي، المرجع السابق، ف25 ص22 ـ 23.

ويبدو أن هذه التفرقة غير مجدية ولا محل لها لأن سلطة الطبيب في الرقابة والإشراف التي يباشرها على المساعدين والمرضين تتوقف عند العمل الجراحي الفني (إجراء العملية الجراحية) وتقتصر على الفترة التي يقوم فيها الطبيب أو الجراح بعمله العلاجي أو الجراح، أما بعد انتهاء العمل العلاجي أو الجراحي وإفاقة المريض من المخدر فتنتفي السلطة التي يباشرها الطبيب على المرضين باعتباره متبوعاً عرضياً ويعود هؤلاء المساعدون إلى صفتهم التي كانوا عليها وهي كونهم أتباعاً للمستشفى الخاص حيث يخضع هؤلاء المرضون لسلطة وإشراف المستشفى الخاص باعتباره المتبوع الأصلي والدائم بالنسبة لهم، ولا تنتفي تبعية هؤلاء المساعدين للمستشفى الخاص ولا تقوض سلطة المستشفى التي يباشرها على المساعدين في حالة فرض الطبيب أو الجراح المستشفى على المريض، إذ إن فرض الطبيب للمستشفى الخاص ليس من شأنه أن يجعل المرضين خاضعين لسلطة هذا الطبيب خارج الفترة التي يباشر فيها الطبيب عمله[1].

وبناءً عليه لا يسأل الطبيب الجراح عن الأفعال الضارة التي يقترفها المساعدون والمرضون أثناء تنفيذ المرحلة اللاحقة للعمل العلاجي أو الجراحي لانتفاء الإشراف والرقابة من قِبَل الجراح وتنقضي صفة المتبوع العرضي بالنسبة للطبيب الجراح، ويخضع المرضون لسلطة الإشراف والرقابة التي يباشرها المستشفى باعتباره المتبوع الدائم (المتبوع المعتاد) فلا يسأل الطبيب الجراح، عندئذ عن أخطائهم. ومن هذا المنطلق لا يسأل الطبيب الجراح عما أصاب المريض من أضرار نتيجة تناوله غذاء مسمماً أثناء إقامته في المستشفى في الفترة التي تعقب العملية الجراحية وإنما تسأل المستشفى وحدها دون الطبيب الجراح، لأن هذا الضرر الذي أصاب المريض لا يخص النطاق الطبي العلاجي أو التدخل الجراحي، ولذلك يمكن القول إن إدارة المستشفى الخاص هي المسؤولة عن أخطاء المساعدين والمرضين في المرحلتين السابقة واللاحقة على العمل العلاجي الأصلي وبعبارة أخرى يكون الطبيب الجراح مسؤولاً عن الأعمال المرتبطة بالفن الجراحي، بحيث تعتبر امتداداً ونتيجة مباشرة للعملية الجراحية التي قام بها، بينما يسأل المستشفى عن أعمال العناية الضرورية التي يقتضيها التمريض العادي، وعلى هذا الأساس قضت محكمة مرسيليا بـ: ((أن الحروق التي تصيب المريض من حافظات الماء الساخن الموضوعة على سريره بعد إجراء العملية الجراحية، يعتبر خطأ

(1) د. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، مضمون الالتزام العقدي، المرجع السابق، ف25، ص23.

يتعلق بأعمال التمريض العادية، ويسأل عنه المستشفى باعتباره المتبوع الدائم في مواجهة المرضين))(1).

ولكن محكمة استئناف باريس خالفت هذا القضاء وقررت بأنه: ((يجب على الجراحين والأطباء أن يلاحظوا المريض ما دام لم يفق بعد من أثر التخدير إذ يصبح بسبب عدم إدراكه تحت إشرافهم، ومراقبتهم وحدهم وبالتالي يكون تحت مسؤوليتهم، وأن القول بأن من العادات الطبية المقررة أن الجراحين يتركون للممرضات معاونتهم في إعطاء بعض الإسعافات التي تتحتم مباشرة بعد تدخلهم، وأنهم ما دام قد قاموا بذلك فلا يمكن أن تترتب عليهم أية مسؤولية فهذا قول لا يجوز قبوله، ولهذا يسأل الجراح عن الحروق التي أصابت المريض الذي أجرى له عملية جراحية ثم تركه وهو لا يزال تحت تأثير التخدير إذا نجمت هذه الحروق عن حافظات الماء الساخن الذي أمر الممرضة بوضعها دون أن يتحقق من درجة حرارتها))(2).

وفي تطور لاحق قضت محكمة استئناف باريس بـ: ((أن مسؤولية الطبيب الجراح تمتد عقب إجراء التدخل الجراحي حيث إنه يجب على الطبيب أن يتأكد من تنفيذ العلاج المقرر ما بعد العملية الجراحية، وأن الطبيب الجراح مسؤول عن الأخطاء التي تقترفها الممرضة المساعدة ليس خلال العملية فحسب بل عقب إجرائها أثناء الاعتناء بالمريض باعتبار ذلك امتداداً للعملية الجراحية لأن الطبيب الجراح هو وحده الذي يعطي الإرشادات والتعليمات الخاصة بتلك العناية))(3).

وفي قضية أخرى لاحقة قضت محكمة استئناف باريس بـ: ((أنه لا يسأل الطبيب إذا أمر بتنفيذ علاج ولم يرتكب خطأ بل إن الممرض الذي اقترف خطأ في تنفيذ ما أمر به يسأل وحده دون الطبيب عن آثار هذا الخطأ وأن المستشفى تسأل في مواجهة المريض مسؤولية عقدية أساسها الاشتراط لمصلحة الغير الذي تعهدت فيه بعدم تعرض المريض لخطر المضاعفات))(4).

ويبدو أن تردد القضاء الفرنسي وعدم استقراره يختلف باختلاف كل قضية ذلك أن الوقائع وخاصة في المسؤولية الطبية تختلف من حالة إلى أخرى خاصة وأن إثبات هذه المسؤولة بالشهود طريق مسدود ومستبعد في معظم الحالات إن لم يكن فيها جميعها بسبب عدم خبرة هؤلاء الشهود ومعرفتهم بالأمور الطبية، ولذلك اعتمدت المحاكم على

(1) حكم محكمة مرسيليا، في 26 تشرين ثاني (نوفمبر) 1953، دالوز 1954، ص160.

(2) حكم استئناف باريس، في 9 مايس (مايو) 1956، J.C.P 1956، 2 ـ 9435.

(3) محكمة استئناف باريس، في 18 حزيران (يونيو) 1962، J.C.P 1962، 5 ـ 118.

(4) محكمة استئناف باريس، في 24 تشرين ثاني (نوفمبر) 1966، J.C.P 1967، 2 ـ 15066.

خبرة أعلام المهنة من الأطباء وهؤلاء تختلف وجهات نظرهم وتكثر اجتهاداتهم، وتختلف هذه الخبرة بين خبير وآخر وبناءً على ذلك اختلفت أقضية المحاكم بين قضية وأخرى باختلاف ظروف كل قضية فهناك حالة واضحة لا مجال للشك فيها وهناك حالة غامضة فيها كثير من الالتباس وهناك خبير يراعي شعور زملائه ويداري أخطاءهم، ولذلك تضطر المحاكم أحياناً إلى إصدار أحكام تتناقض مع أحكام سابقة.

ننتهي إلى القول بأن الطبيب الذي يعمل في المستشفى الخاص يسأل عن أفعال المساعدين متى كان متبوعاً عرضياً وعند انتفاء هذه الصفة (صفة التبعية) يعود التابعون إلى صفتهم التي كانوا عليها وهي كونهم أتباعاً للمستشفى الخاص باعتباره المتبوع الدائم لهم ولذلك فإن المسؤولية عن خطأ هؤلاء التابعين تقع على كاهل الطبيب تارة وعلى كاهل المستشفى تارة أخرى حسب سلطة الرقابة والإشراف فإن انتقلت هذه السلطة انتقلت معها المسؤولية. ولكن لماذا لا يسأل المستشفى في جميع الحالات التي تقام فيها مسؤولية الطبيب الذي يعمل في هذا المستشفى الخاص؟ هل إن مسؤولية الطبيب عن فعل المساعد توجب مسؤولية المستشفى الخاص؟ حسب تقديري، إن مسؤولية الطبيب عن فعل المساعد لا توجب مسؤولية المستشفى الخاص، خاصة وأن إدارة المستشفى هي التي تضع المساعدين والممرضين تحت تصرف الطبيب الجراح وليس لديها النية أن تحمل الطبيب الجراح المسؤولية عن الأفعال الضارة التي يقترفها هؤلاء المساعدون، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الطرف الضعيف هو المريض، حيث إنه يتعين أن نحقق له الحماية الكافية، لأن مصلحته أولى بالرعاية في الرجوع على الطبيب الجراح أو المستشفى أو كليهما، والمستشفى الخاص دون ريب أكثر ملاءمة من الطبيب، حيث إن المستشفى الخاص قبل إجراء العلاج أو الجراحة يكون المريض تحت إشرافه بصرف النظر عما إذا كان المريض قد تعاقد مباشرة مع المستشفى الخاص أو تعاقد مع الطبيب الجراح الذي أمر بإدخاله هذا المستشفى حسب طبيعة العلاقة التي تربطه بهذا المستشفى فقد تكون علاقة خاصة بين هذا الطبيب وذلك المستشفى كأن تكون علاقة مؤجر بمستأجر أن يستأجر الطبيب صالة العمليات والأجهزة والمعدات الخاصة بالجراحة، ولذلك فإنه لا يجوز لهذا المستشفى أن يثير طبيعة العلاقة التي تربطه بالطبيب الذي يعمل لديه سواء أكان هذا الطبيب يعمل بشكل دائم أم مؤقت لكي يتخلص من المسؤولية، وكذلك لا يستطيع أن يفلت من المسؤولية عن طريق احتجاجه بأنه لا تربطه علاقة بالمريض والسبب في ذلك هو أن قانون الصحة العامة في العراق رقم 89 لسنة 1981 الذي أجاز بموجب المادة 83 منه تأسيس المؤسسات الصحية

غير الحكومية وكذلك قانون تأسيس المستشفيات الأهلية رقم 25 لسنة 1984 الذي أجاز بموجب المادة الثانية منه تأسيس شركة محدودة لإنشاء مستشفى، ولو لم ينص على مسؤولية الطبيب أو المستشفى الأهلي ـ وهذا نقص كبير في هذين القانونين ـ إلا أنه لا يمكن أن يجيز المشرع هذا النشاط الإنساني دون ضمان المستشفى الأهلي للأخطاء التي تتمخض عن ممارسة مثل هذا النشاط الخطير وما ينجم عن هذه الأخطاء من أضرار تلحق المريض أو ذويه. يضاف إلى ذلك صعوبة تحديد الحدود الفاصلة بين التزام الطبيب والتزام المستشفى ذلك أن هذه الالتزامات متداخلة ومتشابكة ويكمل بعضها البعض الآخر، ولذلك يمكننا القول ـ في نطاق المسؤولية الطبية عن فعل الغير ـ إن المستشفى يجب أن يسأل عن كل نشاط طبي يمارس فيه، والقول بعكس ذلك يضيع على المريض حقوقه، حيث يقوم المستشفى بقذف المسؤولية على عاتق الطبيب والطبيب يقذف على عاتق المستشفى وهكذا يضيع المريض في غياهب الإثبات الطبي الصعب والصعب جداً.

المطلب الثالث: مسؤولية الطبيب الذي يعمل في أحد المستشفيات الحكومية

سبق أن بينا في الباب الأول من هذه الرسالة عند بحث تكييف مسؤولية الطبيب، أن هذه المسؤولية لا يمكن وصفها بالمسؤولية التعاقدية وبالمسؤولية التقصيرية بصفة مطلقة، والسبب في ذلك هو أنها تختلف باختلاف كل حالة من الحالات، وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية قد كيفت مسؤولية الطبيب بأنها مسؤولية عقدية، فإن هذا هو الوضع الغالب ولكنه ليس بالحال الدائم المستتب، إذ إن التكييف الصحيح لمسؤولية الطبيب والذي يمكن أن يقوم على الإدراك النير لحقيقة وجوهر القواعد القانونية وملابساتها، يختلف من حالة إلى أخر، باختلاف الرابطة التي تربط المريض بالطبيب، فإذا كانت هذه العلاقة ناجمة عن اختيار المريض للطبيب والاتفاق معه على قيام هذا الطبيب بعلاجه، فإن مسؤولية الطبيب في هذه الحالة دون ريب تعتبر مسؤولية عقدية، وبالعكس إذا كانت الرابطة ناتجة ليس عن اختيار المريض للطبيب، وإنما تمخضت هذه العلاقة عن تدخل الطبيب من تلقاء نفسه أو بناءً على دعوة من غير ذي صفة، فإن مسؤولية الطبيب في هذا الفرض هي بلا شك مسؤولية تقصيرية وليست تعاقدية.

إذن كيف تحدد مسؤولية الطبيب في المستشفيات العامة؟ وإذا كان المستشفى عاماً فهل إن شخصية الطبيب تتلاشى وراء شخصية الدولة، وبالتالي لا يسأل مدنياً لا عن خطئه ولا عن خطأ غيره من الأعوان أو المساعدين؟ وما هي طبيعة مسؤولية الطبيب عن الغير؟

يمكن أن نصل إلى هذه الطبيعة من خلال أفكار قانونية أخرى غير مألوفة في ميدان القانون الخاص. ولا شك أن المستشفيات الحكومية هي مصالح عامة فأموالها أموال عامة وموظفوها موظفون عموميون والهيئات التي تديرها هي هيئات إدارية تابعة للدولة ومسؤوليتها تتأثر بقواعد القانون العام، ويجري العمل فيها بموجب القوانين والأنظمة والتعليمات، التي تطبق على الهيئات الإدارية العاملة في المستشفى العام وعلى المرضى الذين يتطببون في هذه المستشفى وبعبارة أخرى، إن المركز القانوني لهؤلاء الموظفين العاملين في المستشفى والمرضى الذين يتعالجون فيها محدد بموجب قانون تأسيس المستشفى والأهداف التي يرمي إليها هذا القانون. السؤال الذي يفرض نفسه هو هل إن علاقة الموظف بالدولة هي علاقة قانونية أو تعاقدية؟ وما هي علاقة المرضى بهذا المستشفى، هل هي علاقة قانونية تنظيمية أم هي رابطة عقدية؟ الجواب عن هذا السؤال هو الذي يحدد المركز القانوني لعلاقة المرضى بهذه المستشفى. مما لا شك فيه إن علاقة الموظف بالدولة هي علاقة قانونية تنظيمية، وحيث إن المستشفى الحكومي هو مصلحة عمومية أو مرفق عام وموظفوه موظفون عموميون، وعلاقتهم بالدولة هي علاقة قانونية أو مركز قانوني تنظيمي، وحيث إن المرضى هم مستفيدون من هذا المرفق العام، لذلك يتعين أن تكون علاقة المرضى بهذه المستشفى علاقة قانونية تنظيمية تحددها الأنظمة والتعليمات بعيدة عن العلاقة التعاقدية، والسبب في ذلك هو أن حقوق هؤلاء المرضى في العلاج في هذا المستشفى والتزاماتهم محددة بموجب قواعد قانونية عامة مستمدة من الأنظمة والتعليمات، بعيدة عن الاتفاقات العقدية التي تنشأ بين الدولة وأولئك المرضى. والدليل على ذلك هو أن الدولة تؤدي خدماتها الصحية للمستفيدين دون تمييز بين مريض وآخر، وهذه الخدمات الصحية لا تنقضي مرة واحدة أو عدد مرات وهذا نتيجة طبيعية لمبدأ المساواة التي ما كان ليتحقق بين المرضى المستفيدين لو لم يكن مركزهم محدداً بقواعد قانونية عامة، والعمومية والاستمرارية هما اللذان يميزان القاعدة القانونية عن العلاقة العقدية، وأن التزام الدولة بتقديم خدماتها للجمهور مصدره قاعدة قانونية، وكذلك الحال فإن حق المستفيدين من هذه الخدمات العامة يكون مصدره قاعدة قانونية أيضاً[1].

صحيح أن المرضى المستفيدين من خدمات المستشفى يعربون عن إرادتهم في الاستفادة من هذا المرفق العام ولكن عملهم هذا لا يمكن بأي حال من الأحوال تكييفه بأنه من قبيل التعاقد، إذ إن العقد شيء معقد جداً ومحدد جداً في الوقت

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص297 بالإشارة إلى دكي، مركز الأفراد بالنسبة للخدمات العامة، سنة 1907، ص411 ـ 418.

نفسه، ومن أجل إنشاء عقد فلا بد من اتفاق شخصين أو مجموعتين من الأشخاص، هناك دائماً طرفان يصبح أحدهما دائناً والآخر مديناً وأن إرادة أحد الطرفين تتحدد من قبل إرادة الطرف الآخر، ومن هذا التحديد المتبادل تنشأ بين الاثنين علاقة دائن بمدين، أي علاقة قانونية شخصية، هذه هي عناصر العقد، إذا ما تخلف أحد هذه العناصر، فإننا سنواجه عملاً متعدد الأطراف ولكنه ليس عقداً وكما هو الحال في العقد فهناك في العمل المتعدد الأطراف، اتفاق إرادات، غير أن الأطراف لا تلعب دوراً متضاداً بل إنها ترمي إلى الهدف نفسه، وليست لديها النية في أن تنشئ بينها علاقة دائن بمدين، أي علاقة قانونية شخصية، إنها تقصد إلى إنشاء مركز قانوني موضوعي أو قاعدة عامة ودائمة[1].

ويسمى ديكي هذا التصرف بالتصرف الذي يقوم مقام الشرط وينكر ديكي صفة العقد على هذا التصرف على أساس أن العقد يفترض حتماً في مناقشة شروطه والالتزامات التي يتضمنها، وينكر الدكتور الأبراشي صفة العقد على هذه التصرفات على أساس أنها لا تنطوي على العناصر اللازمة لوجود العقد. وفي إطار المستشفيات العامة، فإن الدولة يمكنها أن تغير من شروط الدخول إلى المستشفى وطريقة العلاج والتنظيم وكيفية العمل بها دون أن يكون لأحد المرضى الادعاء بحق مكتسب له، وهذا العمل أو التغيير لا يمكن تفسيره في ظل النظرية العقدية، فكيف يستطيع أحد طرفي العقد أن يعدل من شروطه دون موافقة الطرف الآخر، وأين تكون القوة الملزمة للعقد[2] هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المستشفى العام لا يستطيع أن يرفض معالجة أحد المرضى لأن ذلك يتنافر مع مبدأ المساواة أمام الخدمات العامة، في حين أنه في ظل النظرية العقدية إن الشخص له الحرية التامة في أن يتعاقد أو لا يتعاقد بشرط عدم إساءة استعمال هذا الحق، وقد يقال إن إنشاء المستشفى عامة ينطوي في ذاته على إيجاب ملزم تعرضه الدولة على جمهور المواطنين لكن فكرة الإيجاب الملزم بالنسبة للمستشفى العام مستبعدة ولا تسعف القائلين بها لأن التزام المستشفى نابع من الغرض الذي يهدف إليه والقواعد المنظمة له، فالتزامه ليس مصدره إرادة المستشفى وإنما حالة قانونية مقررة بموجب الأنظمة والتعليمات مقترنة بإنشاء هذا المستشفى، هذا في حالة العلاج المجاني في المستشفى، ولكن هل يتغير الحال لو أن المريض قد دفع رسماً

(1) العميد ليون ديكي، دروس في القانون العام، ترجمة الدكتور رشدي خالد، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد 1981، ص44 قارن د. السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس لقسم الدكتوراه، جامعة القاهرة 1953 ـ 1953، ص47.

(2) المادة 146 مدني عراقي المقابل للمادة 147 مدني مصري.

للمستشفى الذي يتعالج فيها؟ وهذه الفكرة أيضاً مستبعدة لأن المستشفيات الحكومية تعالج المرضى مجاناً، وإذا ما استوفت رسماً على العلاج، فإنها إذا كان الأصل أنها تؤدي خدماتها مجاناً، فإن المجانية ليست من مستلزماتها ولا من مقتضياتها، فإذا كانت علاقة المريض بالمستشفى تعتبر علاقة قانونية إذا كان العلاج مجاناً، فإن هذه العلاقة القانونية لا تتغير حتى لو كان العلاج تدفع عنه بعض الأجور الرمزية ـ كما هو الحال في العراق الآن ـ ففي الحالتين لا يخضع المريض لعلاقة عقدية، بل يخضع لنظام المستشفى، وتحدد حقوقه والتزاماته بمقتضى قانون تأسيس المستشفى العام والأنظمة والتعليمات التي تصدرها الدولة بهذا الخصوص، ولذلك فإن دفع المريض الأجور الرمزية أو الرسوم لا يبرر تغيير مركزه القانوني إلى مركز تعاقدي.

وإذا كانت علاقة المريض بالمستشفى العام علاقة قانونية وليست رابطة تعاقدية، فإن هذه العلاقة القانونية تفرض اعتبار مسؤولية الدولة عن خطأ الطبيب مسؤولية تقصيرية وليست تعاقدية؛ مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، حسب المادة 219 من القانون المدني العراقي المقابلة للمادة 174 من القانون المدني المصري، لأن نشاط الطبيب في المستشفى العام يعتبر نشاطاً للدولة لتختفي شخصية الطبيب وتبرز شخصية الدولة، وبذلك تكون الدولة والدولة وحدها، هي المسؤولة عن أخطاء موظفيها من الأطباء وغيرهم من مساعدي وأعوان الطبيب.

وقد كان القضاء المدني الفرنسي ممثلاً بمحكمة النقض الفرنسية، يطبق على أطباء المتشفيات العامة نفس القواعد التي يطبقها على أطباء القطاع الخاص في المستشفيات الأهلية، حيث يطبق عليهم القواعد المدنية بالشكل الذي يتفق مع التصور الصحيح للدولة ومركز الموظفين بالنسبة لها، حيث كان هذا القضاء يرى أن دعاوى المسؤولية التي تقام على أطباء المستشفيات العامة تدخل في اختصاص القضاء العادي وليست من اختصاص القضاء الإداري. ويبرر القضاء اتجاهه هذا بالقول: إن أطباء المستشفيات العامة إنما يمارسون مهنهم الفنية أو العلمية وهم متمتعون بكامل استقلالهم دون أية رقابة أو توجيه، ولذلك لا يمكن اعتبارهم تابعين لإدارة المستشفى على النحو الذي تحدده المادة 1384 مدني فرنسي لمفهوم التبعية وأن الذي يميز علاقة المتبوع بالتابع، هي سلطة التوجيه والإشراف والرقابة التي يملكها الأول على الثاني، فهي سلطة من جانب وامتثال من الجانب الآخر[1].

(1) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات، المرجع السابق، ف126، ص71.

ويؤيد العميد سافاتيه اتجاه القضاء الفرنسي هذا حيث يقول في هذا الصدد: ((... أما أولئك الأطباء الذين يعملون لدى مؤسسة من المؤسسات العامة.. فإننا نرفض اعتبارهم تابعين لهذه المستشفيات أو الملاجئ أو مؤسسات البر والإحسان أو طبابة الجيش أو البحرية)) [1].

ومع هذا فقد ذهبت الدائرة الجنائية في محكمة النقض الفرنسية إلى خلاف هذا الرأي، حيث اعتبرت أطباء المستشفيات العامة اتباعاً للمستشفى التي يعملون فيها[2].

ويقول أستاذنا الدكتور حسن الذنون في هذا الصدد: ((هذا ويلاحظ أن ثمرة هذا الخلاف تظهر على الأخص بالنسبة لتحديد طبيعة المسؤولية وبالنسبة لتحديد المحكمة المختصة بالفصل فيها، فإذا قلنا إن الطبيب يعتبر تابعاً لهذه المؤسسة العامة التي يعمل فيها (أياً كانت تسميتها) فإننا نكون أمام قضية يكون الفصل فيها للقضاء الإداري، أما إذا ذهبنا إلى عدم اعتبار الطبيب تابعاً لهذه المؤسسة العامة فإننا نكون أمام مسؤولية شخص، عادة يكون الفصل فيها للقضاء العادي))[3].

وقد ظل هذا الخلاف قائماً بين القضائين العادي والإداري في فرنسا حتى 25 آذار (مارس) 1957 حيث وضعت محكمة التنازع حداً لهذا النزاع حيث قررت ـ في قضية العامل أسعد سليمان ـ أن النظر في المسؤولية الناجمة عن الأخطاء التي يقترفها الأطباء والجراحون الذين يعملون في المؤسسات والمستشفيات العامة يدخل في اختصاص القضاء الإداري وليس القضاء العادي[4].

وتتلخص وقائع القضية التي كانت السبب في إصدار محكمة التنازع لقرارها هذا: بينما كان العامل (أسعد سليمان) يزاول عمله إذا به يسقط من فوق شجرة نقل على أثرها إلى إحدى المستشفيات العامة، فقام كبير أطباء جراحي هذا المستشفى بفحصه وتشخيص ما يشكو منه، فقرر هذا الجراح نتيجة فحصه بأن إصابة هذا العامل عبارة عن رضوض في الفقرات القطنية وأن عظام هذه الفقرات سلمية لا كسر فيها وغادر (العامل أسعد سليمان) المستشفى بعد أن مكث فيها خمسة عشر يوماً، لكنه لم يكن قد شفي مما ألم به، الأمر الذي اضطره مرة أخرى إلى الدخول في

(1) نقلاً على أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات، المرجع السابق، ف127، ص76.
(2) أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق، ف127، ص77.
(3) أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق، ف128، ص77.
(4) أستاذنا . حسن ذنون، نظرات، المرجع السابق، ف128، ص77.

مستشفى أخرى في مدينة (أفينون) وبعد إجراء الكشف عليه من قبل أطباء هذا المستشفى تبين أنه مصاب بكسر في إحدى فقرات ظهره.

وفي الخامس من آب (أغسطس) 1955 أقام هذا العامل أمام محكمة (أبت Apt) المدنية دعوى تعويض على كل من المستشفى الذي فحصه للمرة الأولى والطبيب الذي قام بإجراء الكشف عليه في ذلك المستشفى. دفع المحافظ الدعوى بعدم الاختصاص لأن المستشفى المدعى عليه مرفق من المرافق الإدارية العامة لأن الطبيب الذي يعمل فيه موظف عام.

ردت المحكمة قبول الدفع بالنسبة إلى المستشفى ورفضه بالنسبة إلى الطبيب المدعى عليه الثاني وجاء في قرارها هذا إنه إذا كان من المقبول اعتبار المستشفى العام مرفقاً من المرافق الإدارية العامة، وإذا كان من المقبول اعتبار طبيب المستشفى بمثابة (التابع) للإدارة التي يعمل فيها بالنسبة للأعمال التي تمس تنظيم هذا المرفق وإدارته، فليس من المقبول اعتبار هذا الطبيب (تابعاً) بالنسبة للأعمال الطبية الفنية التي يمارسها، فهو يمارس هذه الأعمال على سبيل الاستقلال دون أن يخضع في ممارستها لأية رقابة أو تعليمات أو أوامر. ولم يقتنع المحافظ بهذا القرار الأمر الذي دفعه إلى اللجوء إلى محكمة التنازع التي قضت: بأن الأعمال التي قام بها الطبيب المدعى عليه والتي أقيم الدليل عليها لا يمكن أن تعتبر بمثابة الخطأ الشخصي المنفصل عن أداء الوظيفة الصحية العامة وعلى هذا يكون الدفع الذي تقدم به المحافظ بالنسبة لكل من المستشفى والطبيب الذي يعمل فيه، ويكون نظر الدعوى من اختصاص القضاء الإداري وحده[1].

الفرع الثاني: مسؤولية الطبيب عن الأشياء

العصر الحالي هو عصر الآلة والإلكترونيات، والتطور العلمي والتقني، وقد أدى التطور العلمي والطبي إلى اختراع الكثير من الأجهزة والآلات لاستخدامها في أغراض التدخلات العلاجية والجراحية، ونتيجة لهذا التطور وضع العلم الحديث تحت تصرف الطبيب عدداً كبيراً من الآلات والأجهزة والمعدات الطبية الدقيقة، لذلك فقد ازدادت المشكلات وكثرت التعقيدات، وأضحت معضلة العصر الصناعي، والملاحظ الآن أن الآلة قد أدخلت بشكل ملحوظ وظاهر في عمل وفن الأطباء، سواء في تشخيص المرض أم في العلاج أم في طب التخدير أم في الجراحة، وليس من المستغرب أو المدهش ولا من

(1) القضية مشار إليها في (شامار ومونزين) المرجع السابق، ص28 ـ 29، نقلاً عن أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق، ف128، ص77 ـ 78.

النادر والمستبعد أن يؤدي استعمال هذه الآلات والأجهزة إلى إحداث أضرار مختلفة ومتعددة بالمريض وقد تصل إلى القضاء على حياته، فإذا نشأ فعلاً ضرر بالمريض نتيجة استخدام هذه الأدوات والآلات التي تعد من الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة، فهل يسال الطبيب عن هذه الأضرار وما طبيعة مسؤوليته عنها؟

ابتداءً يجب ملاحظة أن هناك حالة لا يثور الشك فيها حول طبيعة مسؤولية الطبيب عن الأشياء وهذه الحالة هي حالة غياب عقد العلاج الطبي بين الطبيب والمريض، فقد يعالج المريض في المؤسسات الطبية أو المستشفيات الحكومية العامة وقد يتدخل الطبيب من تلقاء نفسه في بعض الحالات الضرورية كأن يبادر لإسعاف أو لإنقاذ حياة شخص فقد الوعي نتيجة إصابته بحادث مروري أو غيره من الحوادث الأخرى، أو يتدخل لإسعاف وإنقاذ من أصيب بصرع ففقد وعيه، أو ما شاكل ذلك من الحالات المستعجلة والضرورية، ففي جميع هذه الفروض لا يوجد عقد طبي بين الطبيب والمريض، ولذلك تطبق أحكام وقواعد المسؤولية التقصيرية، ففي هذه الحالات لا ريب في أن مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي لحقت المريض أو ذويه الناجمة عن الأشياء (الأجهزة والمعدات الطبية الأخرى) مسؤولية تقصيرية تحكمها المادة 231 مدني عراقي المقابلة للمواد 178 مدني مصري و1384 مدني فرنسي[1].

لكن المشكلة تبرز والشك يثور عندما يتوافر عقد العلاج الطبي بين المريض والطبيب فعندما نكون أمام عقد بين المريض وطبيبه، فما هي طبيعة مسؤولية هذا الطبيب عن تلك الأجهزة والمعدات الطبية الأخرى؟

لقد حاول بعض الفقهاء أن يجدوا متسعاً لحماية المرضى المتضررين، في عصر الصناعة ومشكلاتها وذلك بإيجاد وسيلة يخرجون بواسطتها من طوق النظريات القانونية الكلاسيكية، بحيث تكون هذه الوسيلة أكثر فعالية وتطوراً، من الوسائل والطرق القديمة التي استقر عليها رجال الفقه القانوني، في نظرياتهم القانونية القديمة التقليدية، وقد تكللت هذه المحاولات بالنجاح، حيث وجد الفقهاء ضالتهم بدءاً بتفسير نص الفقرة الأولى من المادة 1384[2] من القانون المدني الفرنسي المقابلة للمادتين 178[3]

(1) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات، المرجع السابق، ف129، ص78.

(2) تنص المادة 1384 على أن: (المرء لا يسأل عن الضرر الذي يحدث فقط بفعله الشخصي، بل أيضاً عن الضرر الذي يحدث بفعل الأشخاص الذين يكون هو مسؤولاً عنهم أو بفعل الأشياء التي في حراسته).

(3) تنص المادة 178 على أن (كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسؤولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة).

من القانون المدني المصري و231[1] من القانون المدني العراقي، حيث حاول هذا الفقه رد هذه المسؤولية في حالة قيام العقد الطبي إلى الفقرة الأولى من المادة 1384، وهكذا وجد الفقه السند والأساس الذي يفتقده، للقول بأن المادة السالفة الذكر تصوغ نظرية عامة للمسؤولية عن الأشياء، ذلك أن هذه المادة ترتب قرينة قاطعة على الخطأ تعفي المدعي من عبء الإثبات وتنقل هذا العب إلى المدعى عليه[2]. والسبب في محاولة الفقه رد المسؤولية في هذه الحالة إلى الفقرة الأولى من المادة المذكورة هو أن الاتجاه العام الذي يتجه إليه كل من الفقه والقضاء منذ زمن ليس بالقصير هو ضمان إيصال التعويض إلى المتضرر وبأسهل السبل ولا شك في أن رد المسؤولية في هذه الحالة إلى حكم الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي ادعى إلى ضمان حصول المريض على حقه في التعويض لأن هذه الفقرة ترتب المسؤولية على خطأ يفترض افتراضاً قانونياً غير قابل لإثبات العكس، وبعبارة أخرى إن هذه الفقرة تقيم المسؤولية عن الأشياء على فكرة تحمل التبعية على خلاف المادة 231 من القانون المدني العراقي التي ترتب المسؤولية عن الأشياء على فكرة الخطأ المفترض افتراضاً بسيطاً قابلاً لإثبات العكس[3].

ولكن مشكلة تطبيق أحكام مسؤولية الشخص عن الأضرار الناشئة عن الأشياء غير الحية كالآلات الميكانيكية والأجهزة والمعدات الأخرى على مسؤولية الأطباء عن الأجهزة والآلات والمعدات المستخدمة لأغراض التشخيص والعلاج والتخدير وإجراء العمليات الجراحية تتضارب وتتعارض مع مسألة قانونية، وهي أن طبيعة مسؤولية الطبيب ـ في الوضع الغالب ـ ذات طبيعة عقدية، كما تبين لنا في الباب الأول من هذه الرسالة، عند بحث طبيعة هذه المسؤولية وأن هذه المسؤولية تنهض ضمن إطار العقد الطبي المبرم بين المريض وطبيبه، وأن أغلب التطبيقات في هذه المسؤولية تقوم على اتفاق بين طرفي عقد العلاج الطبي الطبيب ومريضه، فهل من السهولة بمكان على المريض وهو دائن بموجب نصوص أو بنود عقد العلاج الطبي أن لا يأخذ بهذه البنود أو بتلك النصوص أو طرحها وعدم الالتفات إليها ويضرب بهذا العقد عرض الحائط ويتركه جانباً ولا يحتج بمقتضاه وبمقتضى أحكام المسؤولية العقدية، على الطبيب الملتزم بموجب هذا العقد، ويتمسك بأهداف أحكام الالتزام التقصيري وبقواعد

(1) تنص المادة 231 على أن: (كل من كان تحت تصرفه آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسؤولاً عما تحدثه من ضرر ما لم يثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة).

(2) د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، مكتبة النهضة المصرية 1957، ف13، ص18، وف32، ص42.

(3) أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق،ف129، ص78.

المسؤولية التقصيرية عن الأشياء وهنا تبرز مشكلة مدى الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية[1].

ومن هذا المنطلق رفض القضاء الفرنسي تطبيق الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي على مسؤولية الطبيب عن الأضرار المتمخضة عن الأشياء (الأجهزة والمعدات الطبية الأخرى) التي يستعملها في عمله الطبي لأن الأخذ بهذا التكييف يفضي ضمناً إلى الأخذ بفكرة الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، وهي فكرة تخلى عنها القضاء الحديث كما تخلى عنها معظم الفقهاء[2].

ويقول الدكتور محمود جمال الدين زكي في هذا المضمار بعد الإشارة إلى أنصار الاتجاهين (الخيرة وعدم الخيرة): ((... الرأي عندنا، في مسألة الخيرة أن المسؤولية العقدية جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، وأن المسؤولية التقصيرية جزاء الانحراف، خارج العلاقات العقدية، عن سلوك الرجل العادي ونتفق في هذه النقطة مع الخيرة، ولكننا لا نرى مع أنصارها، ما يمنع من توافرهما معاً، والخيرة بينهما، إذا كان الفعل الذي ترتب عليه الضرر، يعتبر في آن واحد، إخلالاً بالالتزامات الناشئة عن العقد وانحرافاً عن سلوك الرجل العادي خارج علاقات العقد على فرض عدم وجوده. وفي عبارة أخرى، لا تترتب على الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد سوى مسؤولية عقدية، إنما لا يحول وجود العقد دون قيام المسؤولية التقصيرية بين طرفيه، إذا توافرت شرائطها ليس فقط عند وقوع فعل ضار بينهما خارج العلاقات العقدية، كما يسلم خصوم الخيرة، بل وكذلك إذا كان الإخلال بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد يكون خطأً تقصيرياً يمكن وجوده على فرض عدم وجود تلك العلاقات. وعلى ذلك، يكون للدائن الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، إذا ترتب على الإخلال بتنفيذ التزام عقدي، المساس بسلامته المادية أو المعنوية أو الاعتداء على أمواله.. وأن وضع نظامين مستقلين لنوعية المسؤولية المدنية، لا يدل بذاته على الفصل المطلق بينهما، وعدم دخول المسؤولية التقصيرية في دائرة العلاقات العقدية))[3].

ويبدو أن هذا الرأي محل نظر، لأنه غير مقبول ومتناقض، ذلك أن الراي الراجح عند رجال الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، هو عدم جواز الخيرة، بين المسؤوليتين

---

(1) د. محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة، المرجع السابق، ص169 ـ 177. قارن د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، ف173، ص190 ـ 193.

(2) أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق، ف130، ص79.

(3) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف74، ص518 ـ 519.

العقدية والتقصيرية، فإذا أبرم العقد بين أطرافه ونشأ، وجدت شروط المسؤولية العقدية، من وجود عقد صحيح قائم وأخل أحد الطرفين المتعاقدين بالالتزامات المترتبة بموجبه، وتمخض عن هذا الإخلال لحوق ضرر بالطرف الآخر المتعاقد، فلا يجوز للدائن، الذي لحقه الضرر من جراء هذا الإخلال العقدي، أن يتخلى عن الاحتجاج بالمسؤولية العقدية، ويتمسك بقواعد المسؤولية التقصيرية، والقول بغير ذلك يؤدي إلى القضاء على المسؤولية العقدية وإلى إهدار مبدأ العقد شريعة المتعاقدين أو القوة الملزمة للعقد[1] وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأنه: ((إن أحكام العقد وحدها هي التي تضبط كل علاقة بين الطرفين، بسبب العقد سواء عند تنفيذه تنفيذاً صحيحاً أو عند الإخلال بتنفيذه، ولا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصرية، التي لا يرتبط المضرور فيه بعلاقة عقدية سابقة.. وذلك ما لم يرتكب أحد طرفي العقد جريمة أو غشاً أو خطأً جسيماً)) [2].

ويترتب على كون مسؤولية الطبيب عقدية أن الأضرار التي تلحق بمرضاه من جراء الأشياء (الآلات والأجهزة) التي يستعملها في التدخل العلاجي والجراحي لغرض علاج هؤلاء المرضى، تخضع لقواعد المسؤولية لعقدية، وأن التزام هذا الطبيب التزاماً بوسيلة وليس التزاماً بنتيجة، لذلك يتحتم على المريض الذي يطالب بالتعويض إقامة الدليل على صدور خطأ من الطبيب أو إخلال هذا الطبيب بالتزامه بالعناية، فإذا عجز عن ذلك فلا مجال لالتزام الطبيب بشيء وبالتالي لا يجوز أن يتمسك المريض بقواعد المسؤولية التقصيرية عن الأشياء، لكي يفلت من عبء الإثبات[3] وهكذا قد يضيع على المريض المضرور (أو على ذويه) حقه (أو حقهم) في التعويض في كثير من الحالات[4].

ولكن إذا قمنا بتطبيق الرأي السابق وهو عدم جواز الخيرة بين المسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية، على مسؤولية الطبيب المدنية، فإننا سوف نخرج بنتيجة، وهي حرمان المريض، وهو الطرف الضعيف، من التمسك بأحكام المسؤولية التقصيرية عن فعل الأشياء، ولهذا فإنه ينبغي على المريض أن يستند في دعواه على

(1) المادة 146 من القانون المدني العراقي المقابلة للمادة 147 من القانون المدني المصري، قارن د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، المرجع السابق، ف177 ص198، د. محمود التلتي، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، المرجع السابق، ص321 ـ 322.

(2) نقض مدني مصري، في 11 تشرين ثاني (نوفمبر) 1965 مجموعة احكام النقض، س15 ص1018 قارن نقض مصري، في 16 نيسان (إبريل) 1968 مجموعة أحكام النقض، س19، ص762.

(3) د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، المرجع السابق، ف186، ص209، قارن د. الأبراشي، المرجع السابق، ص347 ـ 358.

(4) استاذنا د. حسن علي الذنون، نظراته السابقة، ف130، ص79.

القواعد الناشئة، عن عقد العلاج الطبي ويحصر دعواه، في نطاق المسؤولية القائمة على أحكام عقد العلاج الطبي، المبرم بينه وبين طبيبه وهنا يتوجب على المريض إذا كان الضرر ناجماً عن الأجهزة والمعدات الطبية، التي استعملها الطبيب في علاجه أن يقيم الدليل على أن الطبيب لم يبذل الجهد والعناية المرجوة[1].

وضرب الأستاذ (لالو) أمثلة لضياع حق المضرور إذا ما أخذنا بالرأي السالف فيقول: ((لو أن إدارة المستشفى أعطت لأحد الجراحين الذين يعملون فيها آلة أو جهازاً لاستخدامه في إحدى العمليات الجراحية، في هذه الحالة تنتقل حراسة هذه الآلة أو الجهاز من إدارة المستشفى إلى هذا الطبيب الجراح ليصبح هو ـ وليس المستشفى ـ الحارس المسؤول عما يحدثه هذا الجهاز من ضرر فإذا ما وقع الضرر بالفعل فإنه يتحتم على المريض (أو على ذويه) إقامة الدليل على صدور خطأ من الطبيب في استخدامه لهذا الجهاز لأننا أمام التزام بوسيلة فإذا عجز المريض عن إقامة هذا الدليل ردت دعواه وضاع حقه في التعويض لأنه لا يستطيع الرجوع على إدارة المستشفى لأنها لم تكن الحارسة لهذا الجهاز فقد انتقلت الحراسة منها إلى الطبيب، وبهذا صدرت أحكام من المحاكم الفرنسية))[2].

وطبيعي أن هذا الرأي لا يرضي أصحاب النزعة الاشتراكية الذي يحاولون العمل على إيصال التعويض إلى المريض بكل السبل والوسائل، فضلاً عن أن الحوادث التي تمخضت عن استخدام الطبيب للأجهزة والمعدات، اطردت بشكل واسع، وأخذت بالتزايد وباضطراد هذه الحوادث والإصابات التي يتعرض لها المرضى، أدى إلى التفكير بأسلوب مختلف، عما سبق، وقد أفرزت التطبيقات القضائية، وقائع عديدة لهذه الحوادث، منها الضرر المتمخض عن كثرة التعرض للأشعة الناجمة عن عطب في أحد الأجهزة، أو الضرر الناجم عن اللهب المتطاير من المشرط الكهربائي عند انتقال التدخل الجراحي، أو الضرر المتمخض بسبب اللهب الخارج من جهاز التخدير، أو الضرر الذي تعرض له المريض بسبب سقوطه من فوق منضدة العمليات الجراحية[3].

لذلك ذهب الأستاذ (جوسران) إلى أن العقد الطبي المبرم بين الطبيب ومريضه يقتصر مضمونه على التزام الطبيب بمعالجة المريض أو إجراء العملية الجراحية له وفقاً

(1) د. محمد عادل عبدالرحمن، المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص136 قارن د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، المرجع السابق، ف186، ص209، وقارن د. محمود التلتي، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، المرجع السابق، ص322.

(2) نقلاً عن أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق، ف130، ص79 بالإشارة إلى لالو، ف1047.

(3) نقض فرنسي، في 3 تشرين ثاني (نوفمبر) 1962 دالوز 1964، ص13، وتلاحظ القرارات القضائية الكثيرة من هذا النوع والتي أشار إليها د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف53.

لمعطيات علم الطب وقواعده، أما (ضمان سلامة المريض) فإنه التزام لم يخلقه العقد وإنما هو واجب قانوني عام يقع الإخلال به تحت حكم الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي[1].

وقد بدأ رجال القضاء يتحدثون في هذا المجال عن التزام يقع على كاهل الطبيب، بضمان سلامة المرض، من فعل الأجهزة والمعدات، التي يستخدمها الطبيب أو الجراح في التدخل العلاجي أو الجراحي، وقد رأى بعض الشراح، أن هذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية أي أن الطبيب هنا يلتزم تجاه المريض، بتحقيق نتيجة له، لا ببذل عناية، ومثال ذلك أن ينفجر جهاز التخدير، مما ينشأ عنه لحقوق ضرر بالمريض، هنا لا يكلف المريض بإثبات خطأ الطبيب، ولا يستطيع الأخير من أن يتملص أو يفلت من المسؤولية إلا إذا أقام الدليل على وجود السبب الأجنبي، الذي أدى إلى وقوع الضرر، فإذا كان ما أصاب المريض من ضرر أثناء التدخل الجراحي للمريض هو انفجار جهاز التخدير فعلى الطبيب إذ أراد التخلص من المسؤولية، أن يقيم الدليل على توافر السبب الأجنبي الذي أدى إلى انفجار هذا الجهاز، فلا يقع على كاهل المريض، في هذه الحالة حتى في نطاق المسؤولية التعاقدية، إثبات خطأ الطبيب، وينقلب التزام الطبيب من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق الغاية، قوامه ألا يترتب على استخدام الطبيب لهذه الأشياء (الأجهزة والمعدات الطبية الأخرى) إلحاق الضرر بالمريض، وفي هذه الحالة يقع على عاتق الطبيب التزام بضمان سلامة المريض[2].

والرأي الراجح في الوقت الحاضر قريب إلى رأي الأستاذ جوسران وهو إعفاء المريض (أو ذويه) من عبء الإثبات الذي قد يضيع عليهم حقهم في الكثير الغالب من الحالات، فرأى هذا الفقيه أن إخضاع مسؤولية الطبيب عن الأشياء (الأجهزة والمعدات الطبية الأخرى) لأحكام الفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي) أضمن وأحسن وسيلة أو سبيل يضمن إيصال التعويض إلى المريض ويكفل لهذا المريض المضرور الحصول على حقه هذا[3].

ولكن ـ كما أسلفنا ـ إن في هذا الرأي خروجاً على القواعد والأحكام المقررة في المسؤولية المدنية، ولهذا يرى الفقه الحديث الإبقاء على الطبيعة العقدية لمسؤولية الأطباء والجراحين عن الأشياء وتحوير التزام الطبيب من التزام بوسيلة إلى (التزام

(1) مازو وتنك، المرجع السابق، ف1291، نقلاً عن أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات، ص79.

(2) د. محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة، المرجع السابق، ص101، قارن د. محمود التلتي، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، المرجع السابق، ص323 ـ 328.

(3) أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق، ص80.

بنتيجة) وبهذا التحوير يرفع عن المريض المضرور أو عن ذويه المضرورين عبء إقامة الدليل على خطأ هؤلاء الأطباء والجراحين ونبقي في الوقت نفسه على الطبيعة العقدية لهذه المسؤولية ذلك أن الذي يضفي على التزام الطبيب أو الجراح - وهو في أصله التزام بوسيلة - صفة الالتزام بنتيجة هو أن كلاً من الطبيب والجراح يلتزم - في دائرة المسؤولية التعاقدية القائمة بينه وبين مريضه - لا بضمان أو تعويض الضرر الذي لحق المريض نتيجة فعله الخاص الخاطئ فقط، بل يلتزم فوق هذا وذاك بتعويض الأضرار التي تحدث للمريض بواسطة الأجهزة والآلات والمعدات الطبية التي يستعملها هذا الطبيب أو ذلك الجراح لأن المسؤولية العقدية عن هذه الأشياء تقوم على أساس أن العقد المبرم بين الطبيب أو الجراح، وبين المريض ينطوي حتماً على التزام ضمني مقتضاه أن الطبيب أو الجراح يضمن حُسْن استعمال هذه الأجهزة والمعدات، فإذا ما أخفقت هذه الأجهزة والمعدات في عملها فقد يحق لنا أن نفترض أن الطبيب قد أخل بالتزامه هذا. وعلى هذا الطبيب إذا ما أراد دفع مسؤوليته أن يثبت السبب الأجنبي الذي لم يكن له يد في وقوعه والذي كان غير متوقع الحدوث وكان ما لا يمكن دفعه أو تفادي آثاره السيئة الضارة وعواقبه الوخيمة المؤذية.

ويقول أستاذنا الدكتور حسن الذنون في هذا الإطار: ((صحيح أننا هنا أمام عقد بين الطبيب ومريضه، ولكن (مضمون) هذا العقد وتحديد الالتزامات التي رتبها على كل من الطرفين تكشفها وتحددها الإرادة المشتركة لهذين الطرفين، فإلى أي شيء انصرفت هاتان الإرادتان؟ لا ريب في أنهما انصرفتا إلى أن يقوم الطبيب المعالج أو الجراح بمعالجة المريض أو إجراء العملية الجراحية لقاء الأجر المتفق عليه وانصرفتا كذلك (وخاصة بالنسبة للطبيب الجراح) إلى أن هذا الطبيب يضمن للمريض سلامة المعدات والأجهزة التي يستخدمها في عمله والتزامه (بضمان سلامة) هذه الأجهزة التزام بنتيجة وليس التزاماً بوسيلة ومن هنا كان على الطبيب - إذا ما أراد التخلص من المسؤولية عن الأضرار التي حدثت من جراء استعمال هذه الأجهزة والمعدات - أن يقيم الدليل على أن هذا الضرر كان نتيجة (سبب أجنبي) وبغير هذا يعد مسؤولاً عن التعويض)) [1].

وقد برز هذا المفهوم، بناءً على التمييز الذي تطرقنا إليه سابقاً، وهو التمييز بين الأضرار التي لا علاقة لها بالعلة أو الداء الذي يتطبب المريض منه، لدى الطبيب وبين المضار التي تقع خلال إجراء العملية الجراحية، في صالة العمليات التي لا علم للمريض

(1) أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق، ص80.

بها، فالأضرار الخيرة لا علاقة لها بالعلم أو الفن الطبي، فالضرر المستقل عن الداء الذي يشكو منه المريض، ينجم على الأكثر عن عيب في الأجهزة أو المعدات والآلات الطبية الأخرى المستعملة، في التدخلات العلاجية والجراحية أو يعود سببه إلى إهمال وتقصير في الرعاية أو الخدمة الطبية التي لا علاقة لها بالعلم ولا تخص الفن الطبي الذي يدخل في صلب الاختصاص العلمي والفني للأطباء والجراحين، فمثل هذه الأضرار وقبيلها تقام عليها المسؤولية، وتنعقد عليها في مضمار الالتزام بضمان سلامة المرضى، ولا يمكن للطبيب أو الجراح أن يفلت من هذه المسؤولية، إلا بإقامة الدليل القاطع على وجود وقيام السبب الأجنبي، الذي من الصعوبة بمكان دفعه أو توقيه، أما ما يدخل في مجال الالتزام، ببذل عناية فهو يخص صميم العلم والفن الطبي والذي يدخل في صميم اختصاص الطبيب أو ما يخص مهارة وكفاءة الطبيب عند قيامه بإجراء التدخل العلاجي أو الجراحي، أو ما يتعلق بوصفه للعلاج أو في تشخيصه للعلة التي يقاسي منها المريض[1].

ولكن ما هو الضابط أو المعيار لمعرفة متى يكون التزام الطبيب ـ في هذه الدائرة ـ التزاماً بوسيلة ومتى يكون التزاماً بنتيجة؟

المعيار هو أن كل ضرر يحدث للمريض من جراء استعمال الأدوية الطبية أو العملية الجراحية أو أي نشاط علمي آخر، أو من نقص في الرعاية، يعتبر ضرراً ناتجاً عن إخلال بالتزام بوسيلة، يقع على كاهل المريض (أو ذويه) عبء إقامة الدليل على صدور خطأ من الطبيب أو الجراح، وكل ضرر يحدث للمريض من جراء استعمال الطبيب للأشياء (الأجهزة والآلات والمعدات الطبية الأخرى) في عمله الطبي، يعد ضرراً متمخضاً عن إخلال بالتزام بنتيجة يفترض معه صدور خطأ من الطبيب ولا يقع على عاتق المريض (أو ذويه) عبء إقامة الدليل على صدور هذا الخطأ من الطبيب[2].

ويقول الأستاذ تونك في هذا الإطار: ((إن المعيار أو الضابط الذي نتعرف عن طريقه على طبيعة التزام المدين هل هو التزام بنتيجة أو أنه التزام بوسيلة هو وجود أو عدم وجود عنصر الاحتمال فحيث يوجد عنصر (الاحتمال) هذا فإننا نكون في صدد التزام بوسيلة وبعكسه نكون أمام التزام بنتيجة[3] وحيث إنه لا مجال للقول بوجود (الاحتمال) فيما يتعلق بالتزام حارس الأشياء (الأجهزة والمعدات والآلات الطبية) وهو

---

(1) د. محمد عادل عبدالرحمن، المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص138.

(2) استاذنا د. حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق، ص80.

(3) تونك، مقال في الأسبوع القانون، 1945، ص1449 وما بعدها، نقلاً عن أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق، ص81.

هنا الطبيب أو الجراح أو المستشفى - في منع ضرره بالغير، لذلك يمكن القول إن التزام الطبيب باعتباره حارساً لتلك الأشياء هو التزام بتحقيق غاية للمريض وهي سلامته من ضرر هذه الأجهزة والمعدات، وليس التزاماً ببذل عناية، وعن هذا الطريق أو بهذه الوسيلة نصل إلى إعفاء المريض المضرور (أو ذويه) من عبء إثبات خطأ الطبيب، وبالتالي نضمن له بوساطة هذا السبيل إيصال التعويض إليه (أو إلى ذويه) وهكذا يحفظ المريض حقه ولا يضيعه.

ومن التطبيقات القضائية على ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها فيما يلي: عالج أحد الأطباء أحد مرضاه بالأشعة السينية (أشعة إكس) فأصيب المريض في أعقاب هذا العلاج بالتهاب جلدي بفعل هذه الأشعة وكانت محكمة الموضوع قد أحالت الأمر إلى بعض الخبراء من الأطباء الذين بينوا في تقريرهم أن أقرب الاحتمالات إلى المنطق والواقع أن السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر وأدى إلى التهاب جلد المريض يرجع إلى وجود خلل في الجهاز الذي استخدمه الطبيب المعالج. وقد جاء في حيثيات محكمة النقض عندما رفع النزاع إليها (من قبل الطبيب): ((إن محكمة الاستئناف بعد أن لاحظت هذا الخلل في الجهاز - على ما قرره الخبراء - كان من حقها بل من واجبها أن تبحث عن هذا الخلل وسببه، فتبين لها نتيجة بحثها هذا أن السبب في هذا الخلل يرجع إلى عدم إحكام ربط الصمامات أو أنه يرجع إلى عدم مراقبة الجهاز مراقبة دقيقة خلال فترة العلاج أو إلى عدم وضع الصمام في موضعه الصحيح وكل هذه الفروض تنطوي على خطأ من الطبيب المعالج يكفي لإلقاء المسؤولية عليه وتحميله تعويض المريض عما لحقه من أضرار، واستطردت المحكمة قائلة بأن الطبيب لا يسأل من حيث المبدأ إلا عن أخطائه ولكن إذا كان سبب الحادث تسرب أشعة العلاج إلى أعضاء من جسد المريض وكان من الواجب حمايته، فإن ذلك يكفي لنهوض مسؤوليته))[1].

وانطلاقاً من نفس هذه الفكرة قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية طبيب الأسنان عن حادث تمزيق لسان المريض وأغشية فمه، بسبب عدم سيطرته على جهاز العلاج أثناء استعماله[2].

(1) نقض مدني فرنسي، في 28 حزيران (يونيو) 1960، J.C.P 1960، 2 ـ 787.
(2) نقض مدني فرنسي، في 13 كانون أول (ديسمبر) 1961، جازيت دي اليه، 1963، 2 ـ 260.

ويلاحظ أن هذه الوقائع، التي أشارت إليها الأحكام القضائية، كان الخطأ فيها كما بيّناً من جانب الطبيب، فاحتراق عضو من جسد المريض أو وقوعه من فوق منضدة العمليات الجراحية، أو تمزق لسان المريض وأغشية فيه، فإن الوقائع كلها من الوقائع التي تتكلم عن نفسها وتثبت الخطأ من جانب الطبيب، حيث إنه يفهم من هذه الوقائع أن الطبيب قد قصر في العناية المطلوبة، التي كان المريض يستهدفها ويتوخاها منه، فالمريض يبتغي من الطبيب المحافظة على سلامته، وتأسيساً على ذلك، يسأل الطبيب تعاقدياً عن الأضرار التي تسببها الأجهزة والمعدات والآلات الطبية (الأشياء) المستعملة في التدخلات العلاجية والجراحية، فإذا لحق المريض ضرر ينجم عن عدم عناية الطبيب بهذه (الأشياء) التي يستعملها في عملية التشخيص أو العلاج أو التخدير أو الجراحة، وعدم السيطرة عليها، أو تمخض الضرر بسبب استعماله لآلات بالية وعتيقة، أو نتيجة لعدم أخذه التدابير الاحترازية والاحتياطات المقتضية للسيطرة على هذه الأجهزة والآلات والمعدات الطبية، المستخدمة في التدخل العلاجي أو الجراحي، فإنه يكون قد اقترف خطأً عقدياً بيّناً، تنهض معه مسؤوليته، وتؤسس هذه المسؤولية وتبنى على الخطأ الواضح. ولا أظن أن هناك تطبيقاً من التطبيقات القضائية السابقة، فرض فيه القضاء الالتزام بضمان السلامة، من غير أن يكون واقع الحال ينطق بخطأ مكشوف وبيّن، ومحدد من قبل الطبيب، الذي يقوم بإجراء التدخل العلاجي أو الجراحي، وبعبارة أخرى إن تخلف سلامة المريض، على شكل غير عادي، ولا علاقة له بالفن الطبي يجعلنا نجزم بأن الخطأ ثابت من جانب الطبيب أو مفترض وذلك أضعف الإيمان، أي أن الخطأ إذا ثبت فلا يمكن انحسار مسؤولية الطبيب إلا إذا أقام الدليل على توافر السبب الأجنبي، بحيث تنتفي رابطة السببية.

الفصل الثاني
مدى مسؤولية الطبيب في تفويت فرصة شفاء المريض أو بقائه على قيد الحياة

﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ۚ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ ﴾[1]

تقضي القواعد العامة في المسؤولية المدنية بأنه لا يكفي لتحقيق مسؤولية الطبيب المدنية أن يقع خطأ منه وضرر بالمريض، بل ينبغي لكي يكون الضرر الذي لحق بالمريض نتيجة لذلك الخطأ الذي اقترفه الطبيب، أن يكون بين الخطأ والضرر رابطة سببية تجعل من الخطأ علة الضرر وسبب وقوعه[2] والسبب في ذلك هو أن مسؤولية الأطباء والجراحين ومن على شاكلتهم ما هي إلا صور خاصة من صور المسؤولية المدنية لا تثور إلا إذا توافرت فيها عناصر هذه المسؤولية، ورغم هذا، فإنه إذا أثبت المريض المدعي (أو ذووه) اقتراف الطبيب للخطأ أقاموا الدليل على ما أصابه (أو أصابهم) من ضرر فيفترض القانون بعد هذا أن ما أصاب المتضرر من ضرر كان نتيجة هذا الخطأ، وعلى الطبيب إذا ما أراد التخلص من المسؤولية أن يقيم الدليل على نفي هذه الرابطة وذلك بأن يثبت أن ما لحق المتضرر من ضرر إنما كان بفعل سبب أجنبي لم يكن له يد في وقوعه والذي كان غير متوقع الحدوث وكان مما لا يمكن دفعه أو تفادي آثاره السيئة الضارة[3].

ولم يغفل القضاء بحث هذه الرابطة، بل اعتبرها جوهر المسؤولية ومناط وجودها علاقة السببية كركن مستقل قائم بذاته، فقد يقترف الطبيب أو الجراح أخطاء في

---

(1) سورة النساء، آية (92).

(2) انظر في السببية، أستاذنا د. حسن الذنون، النظرية العامة للالتزامات، الجامعة المستنصرية 1976، ف261 ص244؛ أستاذنا د. عبدالمجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ج1، ط5، بغداد 977، ف716، ص415 وف876 ص535؛ حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، المرجع السابق، ف306 ص433، د. أحمد حشمة أبو ستيت، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف334 وف470، ص470، ص443؛ د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ف189 ص353؛ وقارن د. عبدالرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، القاهرة، بدون سنة طبع؛ د. محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، القاهرة دار النهضة العربية، 1983؛ د. علي الجيلاوي، العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، حزيران 1977.

(3) أستاذنا د. حسن علي الذنون، النظرات، المرجع السابق، ف25، 38 وف101، ص61.

تعقيم آلاته ومعداته الطبية أثناء تخييط الجرح ثم يموت المريض بنوبة في القلب لا ترجع إلى الإهمال الذي اقترفه الطبيب الجراح[1]؛ ولكن هذا لا يعني أن هناك ستاراً حاداً بين ركن الخطأ ورابطة السببية، فعلاقة السببية ما هي إلا رابطة أو صلة بين ركني المسؤولية: الخطأ والضرر، ولذلك يمكن القول إن هذه الرابطة ليست غير وصف يوصف به كلا من هذين الركنين الأساسيين من أركان المسؤولية.

وهذا يفسر لنا كيف أن المدعى عليه الذي يريد دفع المسؤولية والتخلص منها عن طريق نفي هذه الرابطة بأن يثبت وجود السبب الأجنبي، ينكر كلاً من الخطأ وعلاقة السببية في ذات الوقت[2].

وإذا كان إثبات الطبيب الفني ليس من الأمور السهلة الميسرة، بل أمر عسيراً وشاقاً وبالغ الصعوبة فإن إقامة الدليل على قيام علاقة السببية وعدم قيامها أمر لا يقل عنه في صعوبته لأنها فكرة يكتنفها الغموض وتنطوي على كثير من الملابسات وتحيط بها العقبات، ذلك أن علاقة السببية ليست بالشيء الذي يرى أو يلمس وإنما هي رابطة أو صلة يستنتجها الفكر من ظروف الواقع[3]؛ بعد الاستعانة ببعض القرائن والدلائل المحدودة ولا رقابة عليه فيما يستخلصه[4].

وتحديد معنى السببية من أدق المسائل التي تثيرها دراسة المسؤولية المدنية بوجه عام والمسؤولية الطبية بشكل خاص، ومرد ذلك أنه من النادر أن ينفرد خطأ الطبيب أو الجراح بإحداث الضرر، ذلك أن جسم الإنسان وقوة احتماله لمضاعفات الداء أو العلة أمر تحيط به الأسرار ويكتنفه الغموض، لأنه تكوين رباني وفي الإنسان قصور في الإحاطة بأسرار كل ما خلقه الله سبحانه وتعالى، فقد تختلف تطورات المرض الواحد لغير ما سبب معروف حتى ليقف أكثر الأطباء علماً ودراية وإلماماً بفنه وعلمه حائراً أمام هذه التطورات وما يرافقها من مضاعفات دون أن يتمكن من معرفة الأسباب التي أثرت في سير المرض أو في نتيجة العلاج أو الجراحة فاستعداد المريض الجسدي (الاستعداد الذاتي) ومدى تقبله للعلاج وفاعلية هذا العلاج وتأثير البيئة والمناخ قد تلعب دوراً مهماً في هذا المضمار، هذا من جهة ومن جهة أخرى، إن نتائج الفعل الضار (الخطأ الطبي) بذاته قد يؤدي إلى سلسلة من الأضرار يؤدّي ضرر إلى ضرر آخر ويؤدي هذا الضرر بدوره إلى ضرر ثالث وهكذا تتداعى الأضرار ويتلو بعضها بعضاً، فهل تتوافر رابطة السببية لكل ضرر من هذه الأضرار

---

(1) الأبراشي، المرجع السابق، 189.

(2) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات، المرجع السابق، ف101، ص61.

(3) سافاتيه، المسؤولية المدنية، ج2، ف459 أشار إليه أستاذنا د. حسن الذنون، المرجع السابق، ص61.

(4) أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق، ص61.

المتداعية فستحق مسؤولية الطبيب عنها مهما بعدت صلتها بالخطأ المنسوب إليه؟ وبعبارة أخرى عند أي ضرر من سلسلة الأضرار هذه تقف مسؤولية الطبيب؟ وأي هذه الأضرار يعتبر واقعاً مباشرة لفعل الفاعل؟ وما هو المعيار أو الضابط الذي يمكن عن طريقه معرفة وجود الرابطة المباشرة أو عدم وجودها.

وقد عنى الفقهاء، وخاصة الألمان، بتحديد معنى السببية فاقتفى أثرهم الفقهاء الفرنسيون والمصريون وأسفر ذلك عن اتجاهين رئيسين في بيان مدلول هذه الروابط السببية، الاتجاه الأول هو الذي تعبر عنه نظرية تكافؤ الأسباب، ومقتضاها أن السبب هو العامل الذي تدخل في إحداث الضرر، وكانت جميعاً أسباباً متكافئة في إحداثه. والاتجاه الثاني، هو الذي تعبر عنه نظرية السبب المنتج، وهو على عكس الاتجاه الأول لا يساوي بين هذه العوامل المتعددة فلا يعتبرها جميعاً أسباباً لمجرد أنه لو اختلف أحدها ما وقع الضرر بل يفرق بينها، فمنها ما يربطه بالضرر، علاقة سببية بالمعنى الدقيق (سواء أكانت سببية مباشرة أم ملائمة) ومنها ما لا يرتفع إلى مرتبة السبب[1]. عليه فإن كلاً من الفقه والقضاء في فرنسا وكثير من الدول الأخرى يدور في فلك نظريتين هما نظرية تكافؤ الأسباب أو تعادلها ونظرية السبب المنتج، ويطول بنا المقام لو قمنا بشرح هاتين النظريتين في هذه الدراسة الخاصة.

وتحديد معنى السببية بهذا الشكل، يصدق على صور المسؤولية المدنية كافة ومنها الطبية؛ ورغم أن الفقهاء عمدوا إلى تقديم بعض الضوابط أو المعايير التي يستطيع القضاء عن طريقها معرفة وجود هذه الرابطة أو عدم وجودها، ويتمكن باستخدامها من حل الملابسات التي تنطوي عليها فكرة علاقة السببية وما يكتنفها من غموض وعقبات، فإن القضاء الفرنسي لم يلتفت إلى هذه المعايير وتلك الضوابط وسار على نهج عملي تجريبي، فهو يستبعد تلك الأسباب والروابط ذات الطابع الاستثنائي، فالقضاء المدني الفرنسي قد غاير هذا الأصل منذ عام 1965 حين قرر توافر المسؤولية العقدية للطبيب ولم يثبت رابطة السببية بين الخطأ الذي نسب إليه والضرر الذي أصاب المريض وتقدير هذا الخطأ يكون قد فوت فرصة الحياة أو الشفاء على المريض. على العموم تفويت فرصة الحياة أو الشفاء على المريض وأثر حالة المريض واستعداده الذاتي في هذه المسؤولية سندرسها بإيجاز وسنقسم ذلك إلى مبحثين رئيسين، نخصص الأول لبحث مضمون الاتجاه القضائي المدني الخاص بفكرة فوات الفرصة، ونعقد الثاني لتقدير هذا الاتجاه القضائي.

---

(1) د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ف37 ص74؛ قارن د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، المرجع السابق، ف85، ص124 ـ 129.

المبحث الأول
مضمون الاتجاه القضائي الخاص بفكرة فوات الفرصة

سبق أن بيّنا أن القضاء الفرنسي ظل وقتاً طويلاً، في الحكم على الأطباء بالتعويض أميناً على تطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية ويتطلب توافر رابطة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الذي أصاب المريض نتيجة للخطأ الذي اقترفه الطبيب سواء أكانت المسؤولية الطبية ذات طبيعة تعاقدية أم تقصيرية.

بيد أن القضاء الفرنسي في الكثير من أحكامه قد غاير هذا الأصل وأظهر تشدداً بخصوص مسؤولية الطبيب في أخذه بفكرة الخطأ المضمر أو المقدر، أي استنتاج الخطأ أو التقصير أو الإهمال من وقوع الضرر على خلاف المبادئ العامة في المسؤولية المدنية التي تحتم على المضرور أن يثبت خطأ المدعى عليه ورابطة السببية بين هذا الخطأ والضرر الذي لحقه.

وكانت أحكام المحاكم المدنية تتجه باضطراد إلى أن كل ضرر محقق يجب التعويض عنه سواء أكان هذا الضرر حالاً أم مستقبلاً، وإذا كانت هذه الأحكام قد اتجهت كذلك إلى أن الضرر الاحتمالي لا يمكن التعويض عنه، فإن هناك بعض صور الضرر ليس من السهولة واليسر التعرف على طبيعتها أضرر محقق هي أم مجرد ضرر احتمالي؟ وأبرز صور الضرر هذه هي صورة تفويت الفرصة، فما مدى مسؤولية الفاعل عن فكرة فوات الفرصة؟[1].

يقول الدكتور (ألن بينابنت) في رسالته الموسومة (الحظ والقانون): ((إننا لا نستطيع أن نقرر في هذا الصدر قاعدة ثابتة لا تتغير، فقد يعتبر تفويت الفرصة بحد ذاته، هو ضرر مستقبل في صورتين أولاهما أن لا يحدث الضرر أو يتحقق إلا في المستقبل، وثانيتها أن يحدث الضرر في الحال ولكنه يستمر أو يمتد إلى الزمن المستقبل))[2]. ومهما يكن من أمر، فإن القضاء الفرنسي اتجه نحو مؤاخذة الطبيب أو الجراح عن تفويته فرصة الحياة والشفاء على المريض، أو على العموم فرصة تجنب الضرر الذي حاق به، ولو لم تقم بين هذا الخطأ الذي ارتكبه الطبيب أو الجراح وبين ما لحق المريض (أو ذويه) من ضرر رابطة سببية ثابتة تجعل من الخطأ علة أو سبباً لما

(1) استاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات، المرجع السابق، ف105، ص63.
(2) نقلاً عن استاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات، المرجع السابق، ف105، ص63.

وقع من ضرر، وبعبارة أخرى إن هذا القضاء يعتبر علاقة السببية علاقة أو صلة مفترضة ولا يكلف المضرور (المريض أو ذويه) بإثبات قيام هذه الرابطة، بل يكلفهم بإقامة الدليل على اقتراف الطبيب للخطأ ولحوق الضرر بالمريض (أو بذويه)، وعلى الطبيب أو الجراح، إذا ما أراد التخلص من المسؤولية، نفي علاقة السببية عن طريق إثبات أن ما أصاب المريض (أو ذويه) من ضرر إنما كان نتيجة سبب أجنبي لم يكن له يد في وقوعه ولا يستطيع دفعه أو توقي عواقبه الوخيمة الضارة.

ويذهب القضاء الفرنسي إلى أنه يكفي لتحقيق مسؤولية الطبيب المدنية والحكم عليه بالتعويض أن يكون ما ارتكبه من خطأ أثبته المريض أو ذووه، قد أضاع على المريض فرصة البقاء على قيد الحياة أو فرص الشفاء من الداء الذي ألم به. وليس من المهم أن يكون القاضي على يقين تام من أن الخطأ الذي ارتكبه الطبيب أو الجراح هو السبب الذي أفضى إلى حدوث ما حدث من ضرر، وإنما يكفي في هذا المقام أن يقوم الشك في نفس القاضي حول قيام علاقة السببية بين خطا الطبيب وبين الضرر الذي أصاب المريض (أو ذويه)، ومرد ذلك أن صدور هذا الخطأ من الطبيب أو الجراح لم يترك للمريض كل الفرص والآمال التي كان يتوخاها من وراء الفن العلاجي أو الجراحي.

وقد طبق القضاء المدني الفرنسي فكرة تفويت فرصة البقاء على قيد الحياة أو فرصة الشفاء من العلة أو الداء على جميع الأخطاء الطبية سواء في إطار التشخيص أم العلاج أو نقص أو انعدام الرعاية الطبية أم في مجال عدم إجراء الفحوص التمهيدية في نطاق عدم الاستعانة بطبيب اختصاصي في التخدير؛ ولذلك سنوزع هذا البحث على أربعة فروع نخصص الأول لبحث فكرة فوات الفرصة والغلط في التشخيص، ونعقد الثاني لدراسة فوات الفرصة وعدم إجراء الفحوص التمهيدية ونفرد الثالث لمناقشة فوات الفرصة وعدم الاستعانة بطبيب اختصاصي في التخدير ونتكلم في الفرع الرابع عن فوات الفرصة وانعدام الرعاية الطبية.

الفرع الأول: فوات الفرصة والغلط في التشخيص

سبق أن ذكرنا أن القضاء الفرنسي استقر على فكرة الخطأ في تشخيص المرض لا من حيث المبدأ أنه خطأ طبي، لأن هذا القضاء قد جرى على أن الأصل في الخطأ أو الغلط في التشخيص لا يكفي بحد ذاته في مساءلة الطبيب ما دام التزام الطبيب في هذا المضمار التزاماً ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية، ناهيك عن أن

التشخيص هو فن تخميني يعتمد في ذاته على مقدرات الطبيب وقوته الخاصة في الملاحظة والاستنتاج التي تتفاوت من طبيب إلى آخر[1].

إلا أن القضاء المدني الفرنسي، يقضي من ناحية أخرى بأن هذا الخطأ أو الغلط في التشخيص وحده يكفي لقيام مسؤولية الطبيب أو الجراح إذا أقيم الدليل على أنه كان من الممكن تفاديه من الناحية العملية لو أن هذا الجراح أو ذلك الطبيب كان قد بذل قدراً أكبر من الاحتياط والدقة والانتباه؛ وقرار الطبيب بإجراء جراحة غير مناسبة أو دون ضرورة يجسد تفويت فرصة حقيقية للمريض في البقاء على قيد الحياة أو فرصة الشفاء من المرض، ومن ثم يصير لهذا المريض (أو لذويه الحق) في إقامة الدعوى على الطبيب والجراح الذي أضاع على المريض هذه الفرصة للمطالبة بالتعويض في حالة فوات هذه الفرصة، حتى لو انتهى تقرير الخبراء إلى نفي خطأ الطبيب ونفي السببية بين الضرر الذي لحق بالمريض (أو بذويه)[2].

وتعتبر محكمة جرينوبل Gernoble أول من أرسى دعائم هذا الاتجاه القضائي المستحدث في حكمها الذي أصدرته في 24 تشرين أول (أكتوبر) عام 1962 وتتخلص ظروف هذه الدعوى بما يلي: أصيب شخص بجرح في رسغ يده، وقد أمر الطبيب المعالج بأخذ تصوير شعاعي ليد المصاب، ولم يتضح للطبيب من هذه الصورة الشعاعية أي شيء غير طبيعي في يد المصاب، وقد استرد المصاب نشاطه العادي، ولكن بعد فترة زمنية طويلة تقدر بحوالي سبع سنوات صار يعاني من آلام مبرحة ناشئة عن حدوث تورم ضخم في يده وفي مكان الإصابة القديمة ولذلك فقد قام هذا المصاب بمقاضاة الطبيب.

انتدبت محكمة جرينوبل خبيراً لهذه الدعوى، وقد أودع هذا الخبير تقريره وجاء فيه ((إنه كان باستطاعة الطبيب المعالج ملاحظة وجود كسر برسغ يد المصاب لو أنه قام بمراجعة صور الأشعة السابق إجراؤها بعين فاحصة مدققة))، ولكن سرعان ما انتهى الخبير في تقريره إلى انعدام علاقة السببية بين الخطأ الأساسي والضرر النهائي مؤكداً أن ما آلت إليه حالة المصاب إنما يعد نتيجة احتمالية للخطأ في التشخيص وما ترتب عليه من انتفاء العناية المناسبة، بل ومن الجائز حدوث إصابة جديدة بالرسغ عجلت أو ساعدت على عدم التئام الإصابة الأولى. إلا أن محكمة جرينوبل قضت بتعويض المصاب (جزئياً) وقد جاء في أسباب حكمها: ((وحيث إن عدم تطبيق العلاج

---

(1) د. الجوهري، المرجع السابق، 398 ـ 399.

(2) أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق، 63.

المستهدف من العمل الطبي، نتيجة للخطأ في تشخيص نوع الإصابة، فقد أدى ذلك إلى حرمان المريض بصفة مؤكدة من فرصة حقيقية للشفاء))[1].

ويعد حكم الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في عام 1965 من أقدم الأحكام التي جرت فيها المحاكم الفرنسية على هذا النهج وهو افتراض قيام صلة أو علاقة السببية بين خطأ الطبيب أو الجراح وبين ضياع الفرصة على المريض في البقاء على قيد الحياة أو الشفاء. وتتلخص وقائع هذه القضية بما يلي:

أصيب طفل يبلغ من العمر ثمانية أعوام في يده اليمنى نتيجة سقوطه من مكان مرتفع، وقد شخص الطبيب المعالج الإصابة على أنها كسر بالجزء السفلي من عظم العضد الأيمن، ولم يفلح الطبيب في شفاء الطفل الذي ظل دائماً يعاني من آلام مبرحة أثناء تحريك الكوع، الأمر الذي أدى إلى إعادة الكشف عليه بواسطة مجموعة أخرى من الأطباء الذين شخصوا أن الإصابة لم تكن كسراً بالجزء السفلي من عظم العضد، وإنما كانت مجرد خلع بمفصل الكوع في اليد اليمنى للطفل.

رفع أولياء الطفل دعواهم بالتعويض على الطبيب الأول، فاستعانت المحكمة باثنين من الأطباء الخبراء الاختصاصيين وقد أودع هذان الخبيران تقريرهما واستناداً إليه انتهت محكمة أول درجة عند نظر دعوى المسؤولية المقامة ضد الطبيب المعالج إلى أن هذا الأخير قد اقترف خطأ في التشخيص ترتب عليه خطأ في العلاج، ولكن سرعان ما استدركت هذه المحكمة التي تنفي علاقة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب والضرر الذي لحق بالمريض، وبالتالي ردت دعوى التعويض. فاستأنف المدعون الحكم أمام محكمة استئناف باريس، نتيجة لهذا الاستئناف، أصدرت هذه المحكمة حكماً في 7 تموز (يوليو) عام 1964 يقضي بمسؤولية الطبيب وقد جاء في حيثيات هذا الحكم: ((إن هناك قرائن كافية ومهمة ومحددة ومقبولة على قدر من البينة والتحديد والترابط تكفي للقول بأن الإصابة الجديدة التي لحقت بالطفل إنما كانت نتيجة مباشرة للخطأ في التشخيص الذي اقترفه الطبيب)).

وقد طعن الطبيب في هذا الحكم أمام محكمة النقض، مؤسساً طعنه على أنه لا سبيل إلى الحكم عليه إلا إذا أقيم الدليل على وجود علاقة سببية ثابتة ومؤكدة على أن ما حاق بالمريض من ضرر إنما كان نتيجة للخطأ المنسوب إليه، وأنه لا يكفي في هذا المضمار توافر قرائن ذات طبيعة افتراضية، كما أضاف الطبيب الطاعن أن

(1) حكم محكمة جرينوبل، في 24 تشرين أول (أكتوبر) 1962، أشار إليه د. محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص436.

حكم محكمة استئناف باريس قد انطوى على تناقض كبير يتجسد هذا التناقض فيما قرره من أخطاء الطبيب كان من نتيجتها حرمان المريض من فرصة الشفاء، في حين أنه في ذات الوقت قضى بتعويض (كامل) عن نتائج العجز الذي أصاب المريض. وقد رفضت محكمة النقض هذه الدفوع، وقضت في 14 كانون أول (ديسمبر) عام 1965 بتصديق الحكم الاستئنافي فيما ذهب إليه وقد جاء في أسباب حكمها: ((إن محكمة الاستئناف، بعد اطلاعها على تقرير الخبراء وبعد أن ثبت لديها أن الطبيب قد ارتكب الخطأ المنسوب إليه، الحق في أن تستخلص من هذه الوقائع قيمة هذه القرائن الكافية والمهمة والمحددة والمقبولة التي على قدر من البينة والتحديد والترابط في قيام علاقة السببية بين خطأ الطبيب الواضح والثابت وبين الضرر الذي لحق المريض، ترى محكمة النقض أن تقييم فرصة الشفاء وتحديد نسبتها وتحديد التعويض الذي قضت به محكمة الاستئناف وقدره خمسة وستون ألف فرنك فصل في مسألة موضوعية لا سلطان لمحكمة النقض عليها فيه))[1].

وفي قضية أخرى تتلخص وقائعها فيما يأتي: كلف طبيب اختصاصي في طب التخدير بمهمة الأشراف على رعاية آنسة أجريت لها عملية استئصال الزائدة الدودية (المصران الأعور)، وقد انتابت المريضة فجأة بعض الأعراض التي لم يفلح الطبيب في تشخيصها، وبالتالي تأخر عن إجراء العلاج الملائم لحالتها، ثم تبين بعد ذلك أن المريضة كانت تعاني من احتقان رئوي، وعلى الرغم من الجهود المبذولة من أجل إنقاذها، إلا أن المنية وافتها بسبب تأخر العلاج، قام ورثة المتوفاة بمقاضاة الطبيب أمام محكمة كولمار Golmar وقد قضت هذه المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ 9 تموز (يوليو) عام 1976 بمسؤولية الطبيب المدنية وألزمته بتأديته تعويضاً كاملاً للمدعين، على الرغم مما أكده تقرير الخبير من عدم ثبوت أي خطأ محدد من جانب طبيب التخدير، واستندت في ذلك إلى أن التقصير الذي كان من جانب الطبيب المعالج في تقديم العلاج الملائم مرده الخطأ في عملية تشخيص المرض وقد أضاع هذا الخطأ على المريضة فرصة البقاء على قيد الحياة. ولما عرض النزاع على المحكمة النقض الفرنسية، قضت بتصديق الحكم البدائي وقد أسست حكمها على فكرة إضاعة أو فوات الفرصة، لكنها نقضت هذا الحكم فيما يخص بقضائه بالتعويض الكامل وقد جاء في أسباب حكمها: ((إن تفويت الفرصة في البقاء على قيد الحياة أو فرصة

(1) حكم محكمة الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، في 14 كانون أول (ديسمبر) 1965، J.C.P، 11، 1966 ـ 14753، وقد أشار إلى هذا الحكم أستاذنا د. الذنون، نظرات، المرجع السابق، ص64 ـ 65.

الشفاء من المرض لا يمنح سوى الحق في تعويض جزئي وأن المادة 1382 من القانون المدني لا تستوجب سوى مسؤولية الطبيب عن الأضرار الناشئة عن إضاعة أو فوات الفرصة))[1].

الفرع الثاني: فوات الفرصة وعدم إجراء الفحوص التمهيدية

يعد الطبيب والجراح مقصراً في عدم إجراء بعض الفحوصات التمهيدية اللازمة والضرورية قبل مباشرة التدخل العلاجي والجراحي، ذلك أن من الأمور المسلم بها أن إغفال هذا الجراح أو ذلك الطبيب إجراء هذه الفحوصات يعد خطأً طبياً يستوجب الحكم عليه بالتعويض المدني متى ثبتت رابطة السببية المؤكدة بين الخطأ الذي اقترفه الطبيب والضرر الذي أصاب المريض. ولكن لم يساير القضاء الفرنسي هذا الأصل أو المنطق إلى منتهاه، وإنما أقر مسؤولية الطبيب أو الجراح الذي يهمل أو يقصر في إجراء الفحوص التمهيدية وألزمه (بالتعويض الجزئي) عن الأضرار المترتبة، على الرغم من انعدام رابطة السببية بين هذا الإهمال أو التقصير والضرر الذي لحق المريض (أو ذويه) مستنداً في ذلك على فكرة فوات فرصة الحياة أو الشفاء على المريض كقرينة على خطأ الطبيب[2].

ففي قضية تتلخص وقائعها في أن أحد الأطباء الجراحين قام بإجراء عملية استئصال الزائدة الدودية (المصران الأعور) لأحد مرضاه بعد أن قام بإجراء الكشف عليه ومعاينته مرة واحدة، دون القيام بإجراء الفحوصات التمهيدية اللازمة لإجراء التدخل الجراحي التي جرت عادة الأطباء الاختصاصيين على القيام بها قبل الإقدام على إجراء أي تدخل علاجي أو جراحي، وبعد إجراء العملية بمدة وجيزة أصيب هذا المريض بانسداد معوي فنقل على أثره إلى إحدى المستشفيات المتخصصة ثم ما لبث أن فارق الحياة بعد فترة وجيزة من جراء ما حدث في الدم من تسمم.

وعند عرض النزاع على محكمة استئناف قضت بمسؤولية الجراح على أساس ما نسب إليه من تقصير في عدم إجراء الفحوص التمهيدية اللازمة في مثل هذه العمليات وبالتالي عدم تقديمه العناية اليقظة التي كان ينتظرها منه المريض بوصفه مهنياً متخصصاً، ولذلك ألزمته بتعويض أرملة المريض المتوفى عما أصابها من ضرر مرتد، مؤسسة قضاءها على حرمان المريض من فرصة البقاء على قيد الحياة، وذلك على

---

(1) نقض مدني فرنسي، في 2 مارس (مايو) 1978، J.C.P 1978، II ـ 18966.
(2) د. محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص439.

الرغم مما أكدته المحكمة نفسها من عدم ثبوت الخطأ الذي يستوجب بذاته تقرير المسؤولية عن وفاة المريض.

طعن الطبيب الجراح بحكم محكمة الاستئناف إكس أمام محكمة النقض فقضت الأخيرة في حكمها الصادر في 28 آذار (مارس) 1969 بتصديق الحكم الاستئنافي ورفض الطعن وقد جاء في حيثيات حكمها: ((لقد كان على المريض الذي لجأ إلى طبيب جراح مختص أن يتوقع أن هذا الطبيب سيقوم بإجراء هذه الفحوصات الأولية وقد يقع في الخطأ، ومع أنه لم يقم الدليل على أن وفاة المريض كانت نتيجة هذا الخطأ الثابت من جانب الطبيب، إلا أن مما لا ريب فيه أن هذا الخطأ قد حرم المريض من فرصة البقاء على قيد الحياة وهذا وحده كافٍ للحكم على الطبيب بالتعويض[1].

وفي قضية أخرى تتحصل وقائعها في قيام طبيب اختصاصي في الجراحة بإجراء عملية جراحية لرجل يبلغ من العمر ثلاثين عاماً بدون أن يتأكد من خلو معدته من الطعام (أي على الريق) وتحت تأثير تخدير كلي، وقد لاقى المريض حتفه بعد ساعتين من إجراء العملية، وقد أثبت تقرير الخبراء وجود خطأ مهني منسوب إلى الجراح، فقضت محكمة رين أن الخطأ الذي اقترفه الطبيب الجراح قد أضاع على المريض فرصة البقاء على قيد الحياة، ولذلك ألزمته بدفع (تعويض كامل) لورثة المتوفى.

وقد طعن الطبيب الجراح بهذا الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية، فقضت هذه المحكمة بتصديق الحكم البدائي مؤيدة فكرة تأسيس الحكم على فوات فرصة البقاء على قيد الحياة، ولكنها نقضت هذا الحكم فيما يتعلق (بالتعويض الكامل) وقد جاء في حيثيات حكمها، ((أنه إذا كان التعويض قد تقرر عن ضياع فرصة الحياة أو الشفاء على المريض، فيتعين أن يكون (تعويضاً جزئياً) ولا يجوز أن يكون (تعويضاً كاملاً) يساوي جميع الأضرار الناجمة عن خطأ التسبب في الوفاة وإحداث عاهة مستديمة وأي ضرر آخر))[2].

الفرع الثالث: فوات الفرصة وعدم الاستعانة بطبيب اختصاصي في التخدير

إذا كانت العادة قد جرت عند أغلب الأطباء الجراحين على إجراء أكثر العمليات الجراحية تحت تأثير تخدير جزئي أو كلي دون أن يستعين بطبيب اختصاصي

(1) حكم الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، في 18 آذار (مارس) 1969، J.C.P 1970، 11 ـ 16422، وقد أشار إلى هذا الحكم أستاذنا. د. حسن علي الذنون، نظرات، المرجع السابق، ص67.

(2) حكم الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، في 18 آذار (مارس) 1969، J.C.P 1970، 11 ـ 16422، وقد أشار إلى هذا الحكم أستاذنا. د. حسن علي الذنون، نظرات، المرجع السابق، ص67.

في طب التخدير والإنعاش، فإن القضاء من جانبه قد أدان هذه العادة، لأن من الضروري أن يستعين الطبيب الجراح بطبيب اختصاصي في التخدير لأنه مع تطور المعطيات الطبية الحديثة أصبح طب التخدير على درجة كبيرة من الخطورة والأهمية[1]، وتمسك الطبيب الجراح بأن تصرفه كان متفقاً مع العادات الطبية لا يعفيه من المسؤولية ومرد ذلك أن للقضاء سلطة تقدير مطلقة في الأخذ بهذه العادات الشائعة بين الأطباء الجراحين، بل إن القضاء يظل محتفظاً بسلطته التقديرية هذا حتى تكون هذه العادات محل إجماع من الأطباء الجراحين، إذاً يستطيع القضاء مع هذا كله أن يضرب بهذه العادات عرض الحائط باعتبارها مخالفة لمقتضيات الحيطة والحذر والتعقل[2]. وقد أقر القضاء بمسؤولية الأطباء الناجمة عن حوادث التخدير متى اقترن الخطأ والضرر برابطة سببية أكيدة.

ومع ذلك فقد جنح القضاء الفرنسي المدني الفرنسي الحديث عن هذا الأصل وغايره مسايرة منه لفكرة فوات الفرصة فقد أقر هذا القضاء بمسؤولية الطبيب الجراح عن الحوادث المتولدة عن أخطاء التخدير ولو انتقلت رابطة السببية المباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب الجراح والضرر الذي حل بالمريض[3].

ففي قضية تتلخص وقائعها بما يلي: قام أحد الأطباء الجراحين بإجراء عملية تجميل لأحد مرضاه تحت تأثير مخدر موضعي (جزئي) باشره بنفسه دون أن يستعين بطبيب مختص في طب التخدير، وفي أثناء إجراء العملية وقبل انتهائها انتاب المريض بعض التشنجات المقترنة بتوقف القلب عن عمله، ثم لاقى حتفه بعد ذلك بفترة وجيزة على الرغم من كل الجهود المبذولة من أجل إنقاذه.

وقدم الخبراء تقريرهم وقد جاء فيه: ((إن سبب الوفاة يعود إلى نسبة كمية المخدر التي أُعطيت للمريض حيث أُعطيت له نسبة عالية، وقد ساعد على التعجيل بهذه النتيجة وجود حساسية خاصة لدى المريض وهي من الأمور غير المتوقعة والتي لا يستطيع أي فحص سابق الكشف عنها)).

وقد قضت محكمة باريس بإدانة هذا الطبيب الجراح من الوجهة المدنية مؤسسة حكمها على فكرة فوات الفرصة، وقد جاء في حيثيات حكمها: ((إن مسؤولية الطبيب الجراح في مثل هذه الحالة واجبة ومتحققة ولو كان من غير المؤكد ـ كما ورد في تقرير الخبراء أن إجراء الفحوصات الأولية على المريض كان من شأنه أن يجنبه

(1) د. محمد عادل عبدالرحمن، المرجع السابق، ص282.

(2) بينو، المرجع السابق، ف118، نقلاً عن أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق، ف73.

(3) د. السيد الشوا، المرجع السابق، ص441.

النتائج الضارة السيئة، لكنه من المؤكد بأن عدم الاستعانة بطبيب اختصاصي في التخدير والإنعاش ينطوي في ذاته على إضاعة فرصة بقاء المريض على قيد الحياة وعرض الفرص لخطر حقيقي، وهذا وحده كافٍ للحكم على الطبيب الجراح بتعويض الضرر الناجم عن ذلك))(1).

ولم يعجب هذا الحكم الطبيب الجراح، فبادر إلى الطعن به أمام محكمة النقض، ولم يصادف ما دفع به الجراح أمام محكمة النقض أي توفيق، حيث صادقت الأخيرة على الحكم الاستئنافي مؤيدة فكرة تأسيس الحكم على إضاعة فرصة البقاء على قيد الحياة، حيث أظهرت في عبارات لا تدع مجالاً لريبة، رغبتها بتأييد فكرة فوات الفرصة فقد جاء في حيثيات حكمها: ((إن مسؤولية الطبيب الجراح تكون متحققة ولو كان من غير المؤكد أن عدم تقصيره كان سيؤدي إلى تجنب وفاة المريض أثناء الجراحة ما دام أن هذا التقصير ذاته قد أهدر فرصة حقيقية للحياة، ومن ثم وجب على الطبيب تعويض الضرر الذي لحق ذوي المتوفى(2). ويقر القضاء بتحقيق مسؤولية الطبيب الجراح أيضاً عن الحوادث المتمخضة عن عمليات التخدير حتى ولو استعان هذا الجراح في إجرائها بطبيب آخر ولكنه غير متخصص في طب التخدير والإنعاش)).

ففي قضية تتحصل وقائعها بما يلي: قام أحد الأطباء الجراحين بإجراء عملية جراحية لأحد مرضاه، وقد استعان هذا الجراح من أجل تخدير المريض بطبيب آخر غير اختصاصي بطب التخدير، وما لبث أن باشر هذا الطبيب غير المختص مهمته حتى انتاب المريض ضيق في التنفس رافقته اضطرابات في القلب، فنقل على أثرها إلى إحدى المستشفيات المتخصصة وهو في غيبوبة حيث ساءت حالته ولاقى حتفه بعد مضي عدة أيام، رفعت الدعوى لمقاضاة الطبيب، وقد أكد الخبراء في تقريرهم خطأ الطبيب المعالج، مما استوجب الحكم عليه من قبل محكمة باريس في حكمها الصادر في 11 آذار (مارس) 1977 وقد جاء في حيثيات حكمها: ((.. نتيجة للتقصير في واجب اليقظة والعناية المنسوب إلى الطبيب الجراح وعدم الاستعانة بطبيب اختصاصي في طب التخدير فقد أدى ذلك إلى حرمان المريض من فرصة البقاء على قيد الحياة)).

ولعدم موافقة الطبيب الجراح على هذا الحكم طعن فيه أمام محكمة النقض، فقضت هذه الأخيرة بمصادقتها على الحكم البدائي مؤيدة تأسيس الحكم على فكرة فوات الفرصة المريض في البقاء على قيد الحياة، وألزمت الجراح بالتعويض(3).

---

(1) حكم محكمة باريس، في 23 نيسان (إبريل) 1968، J.C.P 11.

(2) نقض مدني فرنسي، في 27 كانون ثاني (يناير) 1970، 16422 ـ 11، J.C.P 1970.

(3) نقض مدني فرنسي، في 21 تشرين ثاني، 1978، 19033 ـ 11، J.C.P.

الفرع الرابع: فوات الفرصة وانعدام الرعاية الطبية

من الواجبات الملقاة على كاهل الطبيب أو الجراح مباشرة الإشراف على علاج المريض أو مقاربة نتائج العملية الجراحية، فينبغي أن يتبين أن الطبيب قد مارس العناية والمهارة وأظهر حسن التقدير بنفس المستوى الذي يحظى به أعضاء مهنته في ظروف مماثلة، فلا يكفي أن يبين بأنه يمتلك هذه الصفات، بل يفترض أنه مارسها فعلاً، ويجب أن يتأكد ويشرف بنفسه أو بواسطة طبيب آخر كفء ومؤهل لذلك، على ما يجري للمريض من علاج أو جراحة[1].

ومن ثم فالتقصير في ممارسة الإشراف الطبي يستوجب مساءلة الطبيب جنائياً ومدنياً بشرط توافر رابطة السببية الثابتة والمؤكدة بين الخطأ الذي اقترفه الطبيب أو الجراح والضرر الذي لحق المريض، بيد أن القضاء المدني الفرنسي لم يساير هذا الأصل، فنهج نهجاً متشدداً في واجب الإشراف يضيع على المريض فرصة البقاء على قيد الحياة أو الشفاء وبالتالي يقضي بتحقيق مسؤولية الطبيب أو الجراح وبين الضرر الذي حاق بالمريض (أو بذويه).

ففي قضية تتحصر مجمل وقائعها في وفاة إحدى السيدات في 4 نيسان (إبريل عام 1958 في إحدى المستشفيات الخاصة بعد أن وضعت وليدها وفي الثامن من تشرين أول (أكتوبر) 1958 رفع زوجها الدعوى لمقاضاة الطبيب المعالج والمستشفى الذي توفيت زوجته فيه مطالباً بتعويض قدره مائتا ألف فرنك، على أساس أن الوفاة قد حدثت نتيجة لعدم كفاية وتأخر العناية الطبية التي قدمت إلى هذه الأم النفساء لمواجهة حالة نزيف الرحم التي تلت الولادة.

قررت محكمة أول درجة ابتداء إخراج المستشفى من الدعوى لعدم ثبوت أي خطأ أو تقصير من جانبها، وحصرتها في الطبيب المعالج (المولد) وقد استعانت هذه المحكمة بعدد من الأطباء الخبراء الاختصاصيين لتقديم تقرير عن أسباب الوفاة، وفعلاً تم تقديم هذا التقرير في 5 تموز (يوليو) عام 1962، والذي أثبت عدم إسناد أي خطأ مهني إلى الطبيب المولد من الناحيتين العلمية والفنية، حيث قدر الخبراء أن الوفاة كانت بسبب عدم تجلط الدم، وهي ظاهرة نادرة الوقوع في حالات الولادة العادية وأن نسبة تتراوح ما بين 15 ـ 20٪ من المرضى يموتون في هذه الحالة أياً ما كان العلاج المقدم إليهم.

(1) لنراد ووهل، الطب العدلي، المرجع السابق، ص433 ـ 434.

وعلى الرغم مما جاء في هذا التقرير فقد ثبتت المحكمة رأياً مخالفاً ونسبت إلى الطبيب المولد بعض الأخطاء التي اقترفها، وهي أنه ترك غرفة الولادة التي كانت المريضة ترقد فيها عقب بدء النزيف بوقت قصير بعد أن قام بفحص سريع عاجل، في الوقت الذي كان فيه الأم النفساء لا تزال تنزف دماً ظهرت آثاره على ما كانت ترتديه من ثياب وعلى العربة التي نقلتها إلى غرفة التوليد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه لم يقم بالفحص المعملي (المخبري) للدم في الوقت المناسب، كما لاحظت المحكمة أن الطبيب المولد لم يقم بمحاولة جادة لوقف النزيف في الوقت المناسب، لهذا ترى المحكمة أن هذا التباطؤ الثابت من جانب الطبيب المولد خطأ يضاف إلى أخطائه الأخرى. ورغم كل ذلك لم تقض محكمة الدرجة الأولى بالتعويض، وإنما ردت هذه الدعوى، وذلك لأنه لا يكفي لقيام المسؤولية أن يثبت أن المدعى عليه ارتكب خطأً معيناً، وإنما يتحتم فوق هذا وبعد هذا قيام رابطة معينة بين هذا الخطأ الثابت وبين الضرر الذي أصاب المضرور، وترى المحكمة أنه لم يثبت لديها بشكل أكيد قاطع أن وفاة المريضة كانت نتيجة لهذه الأخطاء التي اقترفها الطبيب المولد.

وعند عرض النزاع على محكمة استئناف باريس قضت بتلك القضية في حكمها الصادر في 10 آذار (مارس) عام 1966 فأقرت ابتداءً ما ذهبت إليه محكمة أول درجة في استظهارها لأوجه الخطأ المتعددة المنسوبة إلى الطبيب المعالج، ولكنها رأت أن هذه الأخطاء تعني أن السيدة النفساء المتوفاة حرمت من العناية الطبية اليقظة الدقيقة الصحيحة التي يفرضها عقد العلاج المبرم مع الطبيب المدعى عليه، كما اعترفت محكمة الاستئناف أن المدعي لم يقم الدليل على وجود علاقة سببية ثابتة بطريقة قاطعة حاسمة، ومع ذلك فإن هذه المحكمة ترى أن تقصير الطبيب في الوفاء بالتزاماته بالعناية الطبية المفروضة عليه قد أضاع على المتوفاة فرصة مهمة وكبيرة كانت ترجوها في النقاهة والشفاء والبقاء على قيد الحياة، وترى هذه المحكمة أن قيمة هذه الفرصة الضائعة تساوي ثلاثين ألف فرنك يلزم الطبيب المدعى عليه بأدائه للمدعي (زوج السيدة المتوفاة)[1].

وفي قضية ثانية تتحصل وقائعها بما يلي: أجرى أحد الأطباء عملية جراحية للسيدة (س) بعد أن قام طبيب التخدير بتخديرها موضعياً، أصيبت السيدة - بغتة - بعد العملية باضطراب في دقات القلب ثم بهبوط في النبض توفيت على أثره على الرغم من

(1) حكم محكمة استئناف باريس، 10 آذار (مارس) 1966، J.C.P 11، 1966 السابق، ص65 - 66.

محاولات أطباء المستشفى وممرضيها إنقاذها. قررت محكمة استئناف باريس أن هذه الأعراض التي تصيب القلب قد تحدث بعد تخدير المريض تخديراً موضعياً ـ وإن كان حدوثها نادراً ـ وأن الطبيب على علم تام بذلك ومن هنا كان من الواجب على هذا الطبيب أن يتدخل فوراً لدفع هذه الأعراض، وحيث أنه لم يقم بهذا الواجب فإنه يتحمل نصيباً من مسؤولية التعويض عن الضرر الذي وقع يشاركه فيه الطبيب الذي قام بتخدير المريضة هذا التخدير الموضعي. وهنا طعن الطبيب في هذا الحكم عن طريق النقض فردت المحكمة طعونه وقد جاء في حكمها ((أنه وإن لم يكن من المؤكد الثابت أن تدخل الطبيب الجراح في الوقت المناسب كان سيدفع الموت عن المريض إلا أن عدم التدخل هذا حرم المريضة من فرصة شفائها وإبعاد الموت عنها، وهذا وحده كافٍ لإلزامه بالتعويض))[1].

وفي حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية، ((الدائرة المدنية))، صادر في 25 مايس (مايو) 1971 وتتلخص وقائع دعواه فيما يلي: في يوم 28 كانون أول (ديسمبر) عام 1962 وضعت إحدى السيدات طفلها الثامن وأصيبت بعد العملية بنزيف دموي حاد واستطاعت المولدة المشرفة أن توقفه بعد أن تلقت تعليمات وإرشادات بالتلفون من الطبيب المعالج والذي لم يشترك في عملية الوضع نفسها.

وفي أول كانون الثاني (يناير) 1963 غادرت السيدة المذكورة مستشفى الولادة عائدة إلى بيتها، حيث كانت حالة الأنيميا والتلوث قد بدأت في التراجع إلى حد بعيد، بيد أن حالتها الصحية تدهورت فجأة بسبب النزيف الذي لم يتوقف، وفي أول شباط (فبراير) عام 1963 قضت هذه السيدة نحبها في إحدى المستشفيات التي كانت قد نُقلت إليها.

أقيمت دعوى التعويض على الطبيب المولد أمام محكمة ريوم، وقد كشفت هذه المحكمة عن خطأ الطبيب المعالج الذي تجسد في عدم إشرافه وملاحظته للعلاج بطريقة مباشرة وفي الوقت المناسب، ومع ذلك فلم تهتد المحكمة إلى دليل يقيني (قطعي) على توافر رابطة سببية بين هذا الخطأ وتلك الوفاة، لأن هذه النتيجة حدثت في وقت كانت فيه الأنيميا والتلوث في طريقها إلى الزوال، غير أن المحكمة قد انتهت إلى الحكم بالتعويض لأن خطأ الطبيب هذا قد أضاع على المريضة فرصة في الشفاء والبقاء على قيد الحياة، كذلك قضت محكمة ((ريوم)) بتحقق مسؤولية المولدة المشرفة لما نسب إليها من تقصير في ترك المريضة في المستشفى والعودة إلى بيتها قبل

(1) نقض فرنسي، في 27 كانون الثاني (يناير) عام 1970، نقلاً عن أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق، ص67.

الأوان الأمـر الـذي أدى إلى حرمـان هـذه الأم النفـساء مـن الرعايـة والإشـراف الطـبي المستمر والـذي كـان مـن شـأنه وبالـضرورة إيقـاف النزيـف وحالـة الأنيميـا والتلـوث الحادين، وهكذا عرضت المولدة المشرفة فرصة شفاء المريضة للخطر.

طعن بهذا الحكم أمام محكمة النقض، فقضت هذه الأخيرة بتصديق الحكم البدائي قائلة: ((وحيث إن الحكم المطعون فيه قد أبان عن خطأ الطبيب المولد وحيث إن هـذا الخطـأ بذاتـه قـد أفقـد الأم النفـساء دون أدنـى تنـاقض فرصـة البقـاء علـى قيـد الحياة، لذلك فإن الطعن برمته يكون على غير أساس يتعين رفضه موضوعاً، وأنه على الرغم من عجـز المدعين عن إقامة الدليل اليقيني، (القطعي)، علـى تـوافر علاقة السببية بـين الخطـأ الـذي اقترفـه الطبيـب المعـالج وبـين وفـاة هـذه الـسيدة، ولـذلك فإن رابطة السببية هذه ينبغي أن ينظـر إليهـا علـى أسـاس مـدى تـدخل الخطـأ الـذي ارتكبـه الطبيب المولد في تفويته على هذه المريضة فرصة الشفاء والبقاء على قيد الحياة، وحيث إنه أقيم دليل على أن الطبيب المعالج كان قد قصر في التوجيه والإرشادات والتعليمات الـتي أعطاهـا للمولـدات المـشرفات وأنـه قـصر كـذلك في القيـام بالتزامـه المفـروض بمقتضى عقد العلاج الطبي من واجب العناية والرقابة، فترك المريضة تعاني مـن النزيف الحاد وما رافقه وتمخض عنه الأنيميا وفقر الدم ممـا أودى بحياتهـا، فلذلك فإنه يُسأل عن حرمان المريضة من هذه الفرصة ويلزم بالتعويض))[1].

وفي قضية أخرى ذهبت محكمة استئناف أورليان إلى أن: ((الطبيـب الـذي يمتنـع عـن وصف العـلاج التقليـدي للمـريض، رغـم تعليمـات معهـد الـسرطان، أضـاع علـى هـذا المـريض ـ الـذي أجريـت لـه عمليـة، بعـد عـدة شـهور، جراحـة أصـبحت حتميـة ـ بعـض الفرص في الشفاء، أو في التحسن، ولذلك يلزم بأدائه تعويض الضرر الناجم عنه، إذ إن هذه (الفرص) ولو كانت ضئيلة، ليست مع ذلك افتراضية، بل محققة))[2].

وقضى كذلك بأن: ((قضاة الموضوع الـذين تأيـد لهـم أن الطبيـب الجـراح اعترض لعـدة أيـام دون أي مـبرر، علـى أخـذ تـصوير شـعاعي للمـريض، وعلـى التـدخل مـن أجـل إنقـاذه، ممـا سـاعد علـى تقـدم واسـتفحال داء المريض، يـستطيعون، دون الخـروج علـى حدود النزاع والتناقض، أن يقرروا أن هذا التأخير في فحص المريض أضـاع عليـه فرصـة تجنب الضرر الذي يشكو منه))[3].

(1) نقض فرنسي، في 25 مايو 971، J.C.P، 1971، 11 ـ 9، 1969.

(2) محكمة استئناف أوليان، في 27 شباط (فبراير) 1969، مجلة الأسبوع القانوني 1969، 4 ـ 242.

(3) نقض مدني فرنسي، في 17 تشرين الثاني (نوفمبر) 1970، دالوز 1971 مختصر ص46.

وقد طبق القضاء الفرنسي فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة على خطأ المريض (المجني عليه) الذي يضيع على نفسه فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة. فإذا امتنع المصاب أو المريض (المجني عليه) الذي يحتاج إلى دم لتعويض دمه المفقود ـ لأسباب دينية، عن نقل الدم إليه، والذي قرره الطبيب لإنقاذ حياته، وفارق المريض الحياة بعد عدة أيام، وأنه وإن لم يكن من المؤكد الثابت أن نقل الدم إليه في الوقت المناسب كان سيدفع الموت عن هذا المريض، إلا أن خطأه في امتناعه ورفضه القاطع في نقل الدم إليه قد حرمه مع ذلك من فرصة شفائه وإبعاد الموت عنه، ويتعين إنقاص التعويض بمقدار نسبة حرمانه من هذه (الفرصة) ويكون الحكم الذي رفضه الضحية ووفاته ليست مؤكدة، لم يقدم أساساً قانونياً لما قضي به لأنه لم يبحث فيما إذا كان خطأ الضحية بعدم قبول نقل الدم إليه قد حرمه من فرصة البقاء على قيد الحياة وساهم تبعاً لهذا في إحداث الضرر))[1].

(1) نقض جنائي فرنسي، 30 تشرين أول (اكتوبر) 1974، مجلة الأسبوع القانوني 1975، 2 ـ 18038.

المبحث الثاني
تقدير الاتجاه القضائي الخاص بفكرة إضاعة الفرصة

ينصب علم الطبيب وفنه وعمله في ممارسته لمهنته، سواء أكان هذا الطبيب معالجاً أم جراحاً، على إنقاذ وإسعاف إنسان على قيد الحياة ساءت وتدهورت حالته الصحية، ولا يترجم فشله بالضرورة إلى اقترافه لخطأ ما، ما لم تقم رابطة سببية ثابتة ومؤكدة بين هذا الخطأ المقترف وذلك الضرر الواقع الذي لحق بالمريض (أو بذويه)، ويجب من أجل إثبات هذه الرابطة السببية، إقامة الدليل على أن ما حاق بالمريض (أو ذويه)، من ضرر كان نتيجة مباشرة للخطأ الذي ارتكبه الطبيب والجراح في الفحص والتشخيص أو العلاج أو التخدير أو الجراحة سواء العلاجية أو التجميلية أو في العناية والإشراف. غير أن تقديم البرهان أو الدليل على ذلك ليس أمراً سهلاً ميسراً، بل هو عمل عسير بالغ الصعوبة ومحفوف بكثير من مشاكل الإثبات أحياناً، على الأقل فيما يتعلق بالأعمال الطبية والجراحية الدقيقة، بل غالباً ما يصعب إن لم يستحيل إثبات ما إذا كان الضرر الذي لحق المريض (أو ذويه) مردّه الخطأ الذي اقترفه الطبيب بالذات أو رد الفعل الخاص بجسد المريض أو القوة القاهرة[1]، ومن أجل تفادي هذه الصعاب جميعها ورغبة في تعويض المريض، باعتباره الطرف الضعيف، وحيث إنه لا يوجد توازن اقتصادي بين الطبيب والمريض، الذي يتعرض في العمليات الجراحية على وجه الخصوص لأخطار بالغة، فالظروف التي تحيط بهذا المريض الراقد على سرير العمليات فاقد الوعي الغائب عن الدنيا بفعل المخدر الذي أعطي له، وقد أبعد عنه أقرباؤه وذووه، تجعله لا يقف على قدم المساواة مع الطبيب، بل إلى التنويه بإمبريالية الأطباء[2].

لذلك فقد تلمس القضاء في فكرة تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة على المريض الحل الأمثل، وهكذا انتهى به المطاف في حالة تعذر إقامة الدليل على علاقة السببية المباشرة الثابتة المؤكدة بين الخطأ الذي ارتكبه الطبي والضرر الذي حل بالمرض (أو بذويه)، إلى القول بأن هذا الخطأ ذاته قد أهدر للمريض (فرصة) حقيقية للشفاء أو البقاء على قيد الحياة، ويكرس هذا الاتجاه القضائي مدى

---

(1) Chabs, Responsibility Civle et repsonsibility penale, ed. Montchrestien, Paris 1975, p. 45.

(2) سافاتيه، إمبريالية الأطباء في نطاق القانون، دالوز، فقه، 1952، ص157 وما بعدها.

التشكيك الذي أصبح يهيمن على موضوع علاقة السببية في مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية.

وقد لاقى الاتجاه القضائي المستحدث نقداً عنيفاً وجهه إليه الفقه[1] مقرراً عدم ملاءمة فكرة فوات الفرصة وممارسة مهنة الطب، هذا من جهة ثم ما تعكسه هذه الفكرة في طياتها من تشكيك في عنصر جوهري ومهم من عناصر المسؤولية الطبية، ألا وهو علاقة السببية، من جهة أخرى، ولذلك سوف نقسم هذا البحث إلى ثلاثة فروع نخصص الأول لبحث عدم ملاءمة فكرة فوات الفرصة وممارسة مهنة الطب، ونعقد الثاني لدراسة فوات الفرصة والتشكيك في علاقة السببية، ونفرد الثالث لمناقشة أساس أو معيار التقدير وتحديد فرصة الشفاء الضائعة في نطاق علاقة السببية.

الفرع الأول: عدم ملاءمة فكرة فوات الفرصة وممارسة مهنة الطب

بادئ ذي بدء ينبغي ملاحظة أن الطب فن لم يصل بعد إلى حد الكمال، فمهما كان المرض بسيطاً وتافهاً والعلاج معروفاً فليس من طبيب يستطيع أن يضمن الشفاء، هذا من جهة، ثم إن العمل الطبي يرتكز على عمل الطبيب وحده أو مدى كفاءته من جهة أخرى، بل ينبغي مراعاة عوامل أخرى مثل طبيعة المرض ومدى فاعلية الأدوية المستعملة في علاجه، فالعوامل التي تؤثر في سير المرض كثيرة ونتائج العلاج متعددة ومتشعبة حتى ليصعب تتبع آثار الخطأ الصادر من الطبيب بسهولة ووضوح، حيث إنه في بعض الحالات المرضية تكون العوامل متجمعة والأسباب متشعبة بحيث لا يمكن نسبة الحالة لعامل واحد بالنسبة لتعدد تلك العوامل على حدة، وبالتالي فإن الضرر الناجم عن مباشرة العمل الطبي ليس بالضرورة مصدره الفعل الضار وأساسه خطأ الطبيب حتى ولو وُصف بأنه خطأ جسيم لأنه قد لا يؤدي بذاته إلى إيذاء المريض[2]. ولذلك يتحتم مراعاة هذه الاعتبارات عند تقييم الاتجاه القضائي الخاص بتعويض الضرر الناتج عن الفرصة الضائعة في نطاق مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية. وسوف نوضح ما نقصده بمثالين يضربهما الفقه لبيان مدلول هذه الفكرة في نطاق المسؤولية المدنية بصورة عامة وفي إطار المسؤولية الطبية بصفة خاصة.

يتمثل المثال الأول في فتاة لها من المميزات ما يجعلها كفوءة ومؤهلة لشغل وظيفة مضيفة جوية، في شركة من شركات الطيران، تعرضت لحادث أفقد مميزاتها في

(1) سافاتيه، دالوز 1975، ص178، شابا، جالوز 1971، ص637، بينو، دالوز 973، ص595.
(2) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص194، وقارن د. محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص449، قارن د. وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص95.

الكفاءة والتأهيل وبالتالي حرمها من فرصة شغل هذه الوظيفة وعدم الالتحاق بهذه الشركة نتيجة إصابتها في هذا الحادث فالقضاء في هذه الحالة لا يجد مناصاً سوى الحكم بالتعويض على المسبب لهذا الحادث[1]، وفي مثل هذه الحالة يجوز للمضرور في إطار المسؤولية المدنية بشكل عام أن يطلب تعويضاً عن الفرصة الضائعة. أما المثال الثاني فيتمثل بما يلي: يخطئ طبيب في تشخيص العلة أو الداء الذي يشكو منه المريض، وقد أفضى هذا الخطأ إلى عدم تطبيق العلاج المناسب، وبالتالي تترتب المسؤولية المدنية بصفة عامة. أو هكذا يبدو للوهلة الأولى، قد لجأ القضاء الفرنسي في ظل التشكيك في إثبات علاقة السببية إلى منح المريض (أو ذويه) تعويضاً (جزئياً) مستنداً إلى فكرة فوات الفرصة، وهكذا صدرت الأحكام في صدد المسؤولية الطبية، في تعويض المريض عن فوات فرصة شفاء أو عن إضافة فرصة البقاء على قيد الحياة، وذلك في حالة ارتكاب الطبيب لخطأ في مجال تشخيص المرض أو العلاج والجراحة أو الأخطاء الناتجة عن عدم إجراء الفحوصات الأولية قبل العلاج أو الجراحة أو عدم الاستعانة بطبيب اختصاصي في طب التخدير أو في مجال نقص أو انعدام الرعاية الطبية.

وقد لاحظ جانب من الفقه أن فكرة فوات الفرصة في صدد المسؤولية الطبية تختلف عن الأمثلة التقليدية السابق عرضها في إطار المسؤولية المدنية بصورة عامة، ويبرز هذا الاختلاف من جهتين، الأولى (كما يقول العميد سافاتيه) تتعلق بالفتاة التي تضيع عليها فرصة الالتحاق بشركة الطيران نتيجة لإصابتها في حادث يحرمها من شغل هذه الوظيفة إذ تتميز الفرصة التي فاتت على هذه الفتاة نتيجة للخطأ عن الخطأ في ذاته، حيث يمكن - استقلالاً عن هذا الخطأ (الخطأ الأخير) - حساب الفرص التي كانت تنتظرها والتي فاتت فعلاً بسبب الحادث. أما في إطار مسؤولية الأطباء، فإن الطبيب أو الجراح عندما يقترف خطأ في تشخيص المرض أو في العلاج، فإن الفرصة التي ضاعت على المريض تنصب مباشرة على نجاح أو فشل العمل الطبي الذي أسند إلى هذا الطبيب مباشرة، وبالتالي فإن هذه الفرصة التي فاتت على هذا المريض ليس لها في رأي العميد سافاتيه - قيمة مستقلة في ذاتها عن الفعل الضار، ولذلك لا توجد بالمعنى الصحيح فرصة مستقبلية فاتت، بل توجد حادثة وقعت في الماضي نجم عنها فعلاً وفاة أو عجز هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإذا كان التعويض عن تفويت فرصة يتصل بركن الضرر حيث يفضي الخطأ إلى تبديد احتمال تحقيق كسب أو تجنب خسارة، بحيث لا يمكن إلى الأبد معرفة ما إذا كان الضرر سيتحقق أو لا يتحقق، لأن المسؤول

(1) والأمثلة على فوات الفرصة عديدة ومتنوعة، منها فوات فرصة الدخول في مسابقة.

قد أعاق سير الوقائع مصدر الكسب أو مانعة الخسارة وبحيث يكون محل التعويض أن ينظر إلى المستقبل ليحدد مدى توقع الفرص فيه. غير أن في دعوى المسؤولية الطبية بصفة خاصة لا توجد فرصة مستقبلية قضى عليها الفعل الضار نتيجة لخطأ الطبيب الذي يتحمل المسؤولية أمام القاضي سوى البحث فيما إذا كان هذا الضرر، إنما مجرد حادثة أسبابها غير محققة، لأن الضرر سواء أكان وفاة المريض أو إصابته بعاهة أو غيرها قد تحقق فعلاً، فلا يثور أمام القاضي سوى البحث فيما إذا كان هذا الضرر نتيجة لخطأ الطبيب الذي يتحمل المسؤولية عنه منقطع الصلة به، فتنتفي مسؤوليته، فهذا القضاء الخاص بفكرة تفويت فرصة الشفاء أو البقاء[1] على قيد الحياة على المريض من وجهة نظر العميد سافاتيه قد خلط بين التعويض عن الفرصة الضائعة والتعويض عن احتمال التسبب في إحداث ضرر وقع بالفعل[2].

وقد دفع ذلك الفقيه الفرنسي شابا إلى التساؤل حول ما إذا كان هذا القضاء يعني أن قرينة السببية تقوم على كاهل الطبيب إذا توافر الخطأ عن كل ضرر يحدث، ويضيف هذا إلى التزامه بتحقيق غاية، بما يعني أنه لا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إلا بإقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي الذي ليس له يد فيه، وبالتالي مخالفة ما استقر عليه القضاء بأن التزامه تجاه مريضه إن لم يكن بشفائه فعلى الأقل بأن يقدم إليه العناية اليقظة والحريصة التي تتفق والمعطيات الطبية المستقرة[3].

الفرع الثاني: فوات الفرصة والتشكيك في علاقة السببية

إن الدافع الأساسي للقضاء على تطبيق فكرة فوات الفرصة في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة هو الصعوبات التي تنطوي عليها عملية الإثبات ذاتها في إطار الخطأ الطبي، حيث يتعرض المريض لأخطار كبيرة، وغير عادية، عندما يخضع للتدخل الجراحي، فالعملية الجراحية تجري سراً، ولا يشاهدها سوى الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهما، فالظروف التي تحيط بالمريض تجعله تحت رحمة الطبيب وسيطرته الكاملة، فيكون المريض عادة فاقد الوعي غائباً عن الدنيا بفعل المخدر الذي أعطي له، وقد أبعد عنه أقرباؤه وذووه، وتربط الحاضرين في العملية روابط

(1) أخل الناقل بنقل المسافر إلى مكان الوصول في الوقت المتفق عليه، وفوات فرصة استئناف الحكم، نتيجة في تعويض تفويت الفرصة، د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق، الكويت، 1986، س10، ع3، 2، ص81 و145، محمد عمر عبد، تعويض الضرر الناتج عن تفويت الفرصة، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، 1989.

(2) سافاتيه، مقال بعنوان، الخطأ وهل يمكن أن تتحقق معه المسؤولية عن الضرر الذي لم يحدث؟.

(3) شابا، مقال بعنوان، حصيلة بعض السنوات القضائية في موضوع السببية، دالوز 1970، ص113 وما بعدها.

صداقة أو زمالة أو علاقة تبعية، وأحياناً الرئاسة الإدارية والفنية، هذا من جهة، ثم إن الأخطاء الفنية وعلاقتها بالضرر الذي حاق بالمريض (أو بذويه) يستعان في صددها عادة بآراء الخبراء، من جهة أخرى، وهؤلاء الخبراء هم أهل المهنة وأعلامها، والملاحظ أن تقارير هؤلاء الخبراء غالباً ما تنتهي إلى عدم وجود علاقة سببية بين الوفاة والعجز وبين خطأ الطبيب، ناهيك عن أن الخبرة غالباً ما تنتهي إلى عدم وجود علاقة سببية بين الوفاة أو العجز وبين خطأ الطبيب، ناهيك عن أن الخبرة تعجز أحياناً عن كشف الحقيقة في هذا المضمار، وفي أحيان أخرى، تثير هذه الخبرة البلبلة أو الشكوك في نفس القاضي لدقتها البالغة، فضلاً عن قيام الشكوك دائماً حول حيدة الخبراء نظراً لعلاقة الصداقة أو الزمالة التي تربطهم والأطباء أنفسهم[1]. والأمر الشائع هو أنه من الصعوبة بمكان إقامة الدليل على خطأ الطبيب أو تقصيره وإهماله، والسبب في ذلك هو أنه ليس بإمكانك العثور على خبير مستعد لاتهام صديق أو زميل له، وهذا ما يعرف بحالة أو (مرض) ضم الصفوف (أي الموقف الجماعي) مما يزيد، وبدون شك، في مصاعب المريض (أو ذويه) خاصة عندما يكون الاختصاصي المعني ضيقاً لأن الممارسين يعرفون تقريباً بعضهم البعض، لذلك فالتردد في اتهام زميل بالخطأ هو المعروف والشائع في نطاق المسؤولية الطبية[2].

والعقبة الأخرى في إثبات الادعاء بالتعويض هو الصعوبات في إثبات رابطة السببية، حيث إنه حتى لو أنك تعرف الخطأ أو التقصير أو الإهمال أو اللامبالاة في أداء الواجب التي تدعي بها، فإنك بحاجة إلى إثبات أنها كانت السبب في الإصابة أو الضرر التي تعرض له المريض. ودراسة أسباب الحالات الطبية معقدة وغامضة بشكل كبير، فهل كانت المعالجة الصحيحة والملائمة في وقتها ستمنع الموت أو تؤدي إلى تحسن المريض بشكل أفضل مما هو عليه حقاً؟ وكيف يمكن إثبات أن تصرفاً أو خطأ أو تقصيراً أو إهمالاً معيناً قد سبب أي جزء من الحالة الراهنة للمريض؟ وكيف يمكن لأحد أن يقدم تقديراً لفرص علاج من شأنها إنقاذ المريض أو مساعدته على الشفاء[3]؟

لذلك فقد قرر الأستاذ سافاتيه في هذا الصدد: ((إن ما يطلق عليه من باب التجاوز (الفرصة)، ما هو في الحقيقة سوى قصور في استنتاج القاضي بشأن التعاقب والذي بمقتضاه تسلسلت الأحداث مفضية إلى القدر المحتوم))[4].

---

(1) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف53، ص371 ـ 376، هامش 12.
(2) جارلس ـ جي ـ لويس، الإهمال الطبي، المرجع السابق، ص141 وكذلك ص185.
(3) جارلس ـ جي ـ لويس، الإهمال الطبي، المرجع السابق، ص185.
(4) نقلاً عن د. محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص452.

وقد عكس القضاء بكل وضوح هذا التشكيك في علاقة السببية في شكل (تعويض جزئي) يمنح للمتضرر، وقد جسدت محكمة النقض الفرنسية هذا المعنى في أكثر من حكم لها بقولها: ((إذا لم يكن من المؤكد أن الخطأ كان السبب في وفاة المريض، فإنه على الأقل قد حرم هذا الأخير فرصة البقاء على قيد الحياة وإنه يمكن التمسك بالضرر لمجرد أن هناك فرصة قد ضاعت وإذا كان التعويض يتقرر عن فقدان الشفاء أو البقاء على قيد الحياة فيتعين أن يكون (تعويضاً جزئياً) ومن ثم فلا يجوز أن يكون (تعويضاً كاملاً) يساوي كل الأضرار التي نشأت عن الخطأ في ذاته سواء ترتب عليه وفاة أم عاهة أم أية نتيجة أخرى))[1].

يجب إذن التمييز وبكل دقة بين الحالات التي تكون فيها علاقة السببية قائمة بالفعل وبين رابطة السببية الافتراضية أو الاحتمالية، ففي الحالات الأولى التي تكون فيها الصلة السببية قائمة بالفعل ومباشرة ليس هناك ما يدعو إلى استعانة القضاء بفكرة ضياع (الفرصة). وعلى سبيل المثال، ففي الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 27 آذار (مارس) 1973 والذي سبق الإشارة إليه والذي يتعلق بقيام طبيب جراح بإجراء عملية جراحية لمريض تحت تأثير تخدير كلي بدون أن يتأكد من خلو معدة هذا المريض من الطعام حيث لاقى هذا المريض حتفه نتيجة لقيء خانق، فرابطة السببية متوافرة، بحيث يمكن القول أنه لولا خطأ الطبيب ما حصلت وفاة المريض. ومع ذلك فقد استعان الحكم المطعون فيه (محكمة رن في 18 تشرين أول أكتوبر) 1971 بفكرة ضياع الفرصة حيث قرر أن الخطأ الذي ارتكبه الطبيب الجراح قد أنقص بنسب كبيرة فرص الحياة المهيأة للمريض وقضى بالتعويض الكامل، وقد أوضحت الدائرة المدنية لمحكمة النقض هذا التناقض ذاته حيث نقضت حكم محكمة (رن) وقضت بالتعويض الجزئي[2]. وقد كشفت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية عن نفس هذا التناقض في الحكم الصادر من محكمة باريس في 12 حزيران (يونيو) عام 1971 والذي تتحصل وقائعه في أن طبيباً عهد إليه بمتابعة عملية وضع لدى سيدة كان قد أخطر بدخولها إلى مستشفى الولادة حوالي الساعة الثامنة مساءً حيث طرق سمعه بأنها في اللحظات الحرجة أو على وشك الوضع ورغم ذلك فقد غادر هذا الطبيب المستشفى لمدة أربع وعشرين ساعة دون أن يقدم إلى هذه المرأة أدنى مساعدة مكتفياً بأن عهد بالإشراف على رعايتها إلى عدد من الممرضات اللائي لسن على درجة من المهارة والكفاءة بحيث لم يتداركن في الوقت

(1) حكم الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، في 18 آذار (مارس) 1969، 11، 1970 ـ 164222.
(2) نقض مدني فرنسي في 27 آذار (مارس) 1973 ـ 1، 2 ـ 630.

المناسب ما يعانيه الوليد من نقص في كمية الأكسجين اللازم لأنسجة الجسم وذلك بسبب الفترة الزمنية الطويلة التي استغرقتها عملية الولادة. وهكذا بدت عليه علامات الموت الظاهرة واستمر كذلك، حتى أصيب المخ بإصابات جسيمة أودت بحياته. وقد جاء في تقرير الخبير: إن الإصابات التي أصابت مخ الوليد مرجعها عملية الولادة نفسها، إلا أنه كان بالإمكان تجنبها باستخدام العلاج الملائم خصوصاً وقد ظهرت على الوليد المعاناة الواضحة والتي كان يسهل الكشف عنها.

ومحكمة باريس وإن كانت قد استظهرت خطأ الطبيب المولد بهذه العبارات: ((إن هذا الخطأ الذي ارتكبه الطبيب المولد قد أضاع على الأم فرصاً كبيرة في مشاهدة وليدها))، إلا أنها قد ألزمته بدفع (تعويض كامل) الأمر الذي اقتضى نقض حكمها.

وكان بإمكان محكمة باريس طبقاً لتسلسل الأحداث والوقائع وما كشف عنه تقرير الخبير أن تنتهي إلى إثبات رابطة السببية بين إهمال الطبيب المولد والضرر الذي لحق بهذا الوليد، وما يستتبع ذلك بالضرورة إلى الحكم (بالتعويض الكامل)، إلا أنه قد جانبها الصواب حين لجأت إلى فكرة فقدان الفرصة في مقام البرهنة على علاقة السببية.

ومن ثم فقد أحالت محكمة النقض هذه الدعوى إلى محكمة أورليان التي أصدرت حكمها في 9 حزيران (يونيو) عام 1975 والتي أكدت فيه ((وفقاً لتسلسل الوقائع والأحداث وتقرير الخبيران هناك رابطة سببية قائمة ومباشرة بين خطأ الطبيب المولد والضرر الذي أصاب الوليد، وهذا يقتضي الحكم (بالتعويض الكامل). وقد طعن الطبيب المولد بهذا الحكم أمام محكمة النقض مؤسساً دفاعه على فكرة ضياع الفرصة التي جنحت إليها محكمة باريس، لغرض جعل (التعويض جزئياً). ولكن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الطعن، وصادقت على حكم محكمة أورليان المطعون فيه، وأهم ما جاء في حيثيات حكمها: ((وحيث إن محكمة الاستئناف ليست ملزمة ببيان الأساليب العلاجية التي كان يجب على الطبيب استعمالها، فإن ما ينعاه الطاعن في هذا الشأن من أن هذا الإغفال يستلزم التعويض فقط عن فقدان فرصة الولادة الطبيعية لا أساس له من الصحة ويتعين رفضه موضوعاً))[1].

(1) نقض مدني فرنسي، في 9 (مايو) 1976).

وهكذا يتبين من تحليل الأحكام التي عرضناها سابقاً أن الاستعانة بفكرة فوات الفرصة جعلت من نفسها هدفاً للنقد والتناقض، بل وتعارضت أحياناً ومصالح المتضرر، ففي الوقت الذي تتوافر فيه رابطة السببية ومن ثم حق المضرور في الحصول على (تعويض كامل) فإن ظهور هذه الفكرة في نطاق السببية لا تستلزم بذاتها سوى الحكم (بالتعويض الجزئي) فقط.

وفي حين يلجأ إلى فكرة فوات الفرصة ـ على الرغم من توافر علاقة السببية مباشرة ـ فإن القضاء قد يستخدمها أحياناً أخرى حين يبدو في الأفق شبح السببية الافتراضية أو الاحتمالية.

ففي القضية التي سبق أن بيناها وفيها قضت إحدى السيدات نحبها عقب ولادة طبيعية وأثبت تقرير الخبراء انعدام رابطة السببية بين خطأ الطبيب المولد ووفاة هذه السيدة النفساء حيث لاحظوا أن الوفاة بسبب ما كانت تعانيه الأم النفساء أصلاً من حساسية خاصة غير متوقعة. وإزاء تشكيك محكمة باريس في وجود رابطة السببية فقد لجأت إلى نوع من السببية الافتراضية مستندة في ذلك إلى الإحصائيات المقدمة من الخبراء التي أكدت أن حوالي من 15 ـ 20٪ من المرضى يموتون بهذا الداء أيضاً رغم أن العلاج المقدم إليهم كان كما في حالة هذه السيدة الأم، وأهم ما جاء في أسباب حكمها: ((إن إعمال الفكر يسمح في الواقع باستنتاج أنه إذا كان قد تم نقل كمية كبيرة من الدم إلى المريضة في الوقت المناسب ـ حيث أصيب أكثر من 5/4 من دمها بالتجلط ـ لأمكن بذلك قهر هذا الداء الذي أصيبت به هذه السيدة وأودى بحياتها))[1].

وهكذا أغفلت محكمة باريس الفجوة العميقة بين النسبة الإحصائية لتطور مرض معين بصفة عامة والنسبة الفردية الخاصة بمريض معين ومحدد بالذات ابتلي بهذا الداء، حيث إن هذه النسبة الفردية الخاصة بهذه المريضة هي التي يجب التعويل عليها في تحريك المسؤولية الطبية[2].

وقد استرعى نظر الفقه الصيغة الافتراضية أو الاجتماعية لعلاقة السببية القائمة على فكرة فوات الفرصة. فقد قرر بشأنها المستشار فرانك: ((ينبغي أن تنصب رابطة السببية المباشرة بين الخطأ والضرر على عناصر الضرر المباشر الحال والمحقق. بيد أن

(1) حكم محكمة باريس في 10 آذار (مارس) 1966، J.C.P، 1966، 11 ـ 14753، سبق أن أشرنا إلى هذا الحكم.

(2) د. محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص457.

فكرة فوات الفرصة ترتكز على الاحتمال أو الافتراض ولا يمكن القطع أن الحرمان من (الفرصة) هو النتيجة الحالية والمباشرة للخطأ[1].

ويقول الأستاذ سافاتيه في هذا الصدد: إن هذا القضاء ينطوي على تغيير جوهري في مهمة الخبراء الذي تنتدبهم المحكمة في هذه الحالة، فبدلاً من أن تكلف هؤلاء الخبراء بالبحث عن صدور خطأ من الطبيب المدعى عليه أو عدم صدور أي خطأ منه، وعن علاقة هذا الخطأ (في حالة ثبوت وقوعه) بما حدث من ضرر للمريض، بدلاً من أن تكلفهم بهذا صارت تكلفهم بتقدير مقدار (احتمال) توافر ركن السببية لكي تستطيع - عند الاقتضاء - الحكم على المدعى عليه (بجزء) من التعويض يساوي مقدار هذا (الاحتمال) وأنها أحكام شاذة تنطوي على فكرة لا يمكن إقرارها أو قبولها[2].

الفرع الثالث: أساس أو معيار تحديد أو تقدير قيمة فرصة الشفاء في نطاق العلاقة السببية

رأينا كيف أن القضاء الفرنسي أقر فكرة التعويض عن تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة على المريض، ورأينا أن هذا القضاء لاقى نقداً عنيفاً وجهه إليه الفقه، لأن هذا القضاء لا يتفق مع القواعد القانونية السليمة التي تعتبر رابطة السببية بين الخطأ الذي اقترفه الطبيب والضرر الذي حاق بالمريض (أو بذويه) ركناً أساسياً في المسؤولية المدنية بصفة عامة وفي المسؤولية الطبية بصفة خاصة، وينبغي على المدعي (المريض أو ذويه) إثبات توافر علاقة السببية الثابتة والمؤكدة ومن ثم لا يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر إلا إذا كان نتيجة لخطأ، وبعبارة أخرى، يجب أن تكون بين الخطأ والضرر رابطة سببية تجعل من الأول علة والثاني سبباً لوقوعه. ومن جهة ثانية، إذا كان التعويض عن الفرصة الضائعة أصبح مسلماً به في الفقه وفي القضاء، فليس في تلك الأحكام تعويض عن تفويت فرصة، رغم تأكيد هذا في حيثياتها، ذلك أن التعويض عن فقدان أو تفويت فرصة يتصل بمركز الضرر، ويفضي الخطأ إلى تبديد احتمال تحقيق كسب أو تجنب خسارة بحيث لا يمكن إلى الأبد معرفة ما إذا كان الضرر سيتحقق أولاً لأن المسؤول قد عرقل سير الوقائع مصدر الكسب أو مانعة الخسارة. ويكون محل التعويض في حقيقة فرصة كانت تلوح في المستقبل ويتحتم على القاضي لتقديم هذا التعويض أن ينظر إلى المستقبل ليحدد مدى توقع الفرصة فيه،

(1) فرانك، نقلاً عن د. محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص458.
(2) سافاتيه، مبادئ عامة في المسؤولية الطبية J.C.P تشرين ثاني (1966) نقلاً عن أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات، المرجع السابق، ص63 و66.

طبقاً للعوامل التي تسمح في كل حالة بتحديده والذي لا يمكن للقاضي أن يجريه إلا بالتوقع في المستقبل لمدى إمكان تحقيقها، أما في الدعوى المسؤولية على الطبيب فلا توجد فرصة مستقبلية قضى عليه الفعل الضار بل حادثة ماضية، أسبابها غير محققة، لأن الضرر، وفاة أو عاهة أو غيرهما، قد تحقق فعلاً، فلا يثور أمام القاضي سوى البحث فيما إذا كان هذا الضرر أو ذاك نتيجة خطأ الطبيب فتقوم مسؤوليته، أو منقطع الصلة به وبالتالي فلا تثور مسؤوليته.

فهذا القضاء يخلط بين التعويض عن الفرصة الضائعة وبين التعويض عن احتمال السبب في إحداث ضرر وقع فعلاً ويقدر التعويض، لا حسب درجة احتمال تحقيق الفرصة الضائعة، بل بنسبة احتمال تدخل الخطأ في إحداث الضرر. ولكون رابطة السببية غير مؤكدة وغير ثابتة يحكم القاضي بتعويض (جزئي) يتناسب مع شكوكه حينما لا يقتنع بأن خطأ الطبيب كان سبب الضرر الذي حاق بالمريض.

ومن جهة ثالثة، فإن هناك اعتبار عملياً على جانب كبير من الأهمية، حيث إن ما ذهب إليه القضاء الفرنسي من تطبيق فكرة الخطأ المقدر أو المضمر في إطار مسؤولية الطبيب المدنية، واستنتاج الخطأ أو التقصير من لحوق الضرر بالمريض حتى ولو لم يقم البرهان على توافر رابطة سببية ثابتة ومؤكدة بين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب والضرر الذي حاق المرض (أو بذويه)، فهذا القضاء يترتب عليه حرمان الطبيب من أدنى درجات الحرية في ممارسة لفنه وعلمه وعمله، فيكون في خوف وقلق لأقل هفوة، وبصورة خاصة إن طبيعة العمل الطبي تسيطر عليه فكرة الاحتمال، ويؤدي في نهاية المطاف إلى إحجام الأطباء عن ممارسة هذه المهنة الإنسانية الضرورية والاجتهاد فيها، وهذا بطبيعة الحال، مصادر للمطلوب، حيث إن المطلوب هو عدم الإحجام بل ضرورة اقتحام هذا المضمار الطبي الإنساني والاجتهاد فيه والأخذ بأسباب العلم الطبي الحديث، لا يتأتى إلا بالاعتراف للأطباء بحد معقول من الحرية في ممارسة الفنون الطبية دون الخوف أو الريبة من شبح المسؤولية. إذن كيف يمكن التوفيق بين الحماية القانونية التي يجب أن تتوافر للمريض مما قد يقترفه الأطباء والجراحون من أخطاء قد تكون لها آثار سيئة ومضار وخيمة، وبين توافر الحرية اللازمة للأطباء والجراحين لممارسة فنونهم وأعمالهم دون خوف من حسام المسؤولية؟

إن الوسيلة المثلى لإقامة التوازن بين الحماية التي يتطلبها الطبيب والحماية التي يتطلبها المريض هي التطبيق الصحيح للمبادئ والقواعد العامة للمسؤولية المدنية وبمراعاة الطبيعة الفنية التي يتميز بها العمل الطبي، فما دام الطبيب لم يخرج في ممارسته لمهنته وفنه عن قواعد وأصول الفن الطبي الثابتة والمتعارف عليها التي يتحتم

الإلمام بها، فلا تنعقد مسؤوليته، بشرط أن يكون الطبيب قد بذل الجهود الصادقة اليقظة التي يبذلها الطبيب المماثل في الظروف القائمة. أما إذا خرج الطبيب عن قواعد وأصول الفن الطبي فيكون قد اقترف الخطأ الطبي الذي هو شرط لنهوض مسؤوليته، إذا تمخض عن ذلك ضرر للمريض (أو لذويه) وأقيم الدليل على رابطة السببية بين هذا الضرر وذلك الخطأ، فالتطبيق السليم للقواعد العاملة للمسؤولية المدنية مع مراعاة الطبيعة الفنية التي يتميز بها العمل الطبي، يكون حزام أمان لكل من الطبيب والمريض ويحقق التوازن بينهما.

وعلى الرغم من هذا التوازن فقد يحتمي الطبيب وراء الاعتبارات العلمية الطبية غير المقطوع بها وقد يحتمي بشكوك حول أو وراء رابطة السببية، فما هو الحل إذن؟

سبق أن بيّنا أن إثبات رابطة السببية في نطاق المسؤولية الطبية ليس بالأمر السهل الميسر، بل هو أمر شاق بالغ الصعوبة، وآية ذلك أن جسد الإنسان وقوة احتماله لمضاعفات المرض ينطوي على كثير من الأسرار فوق مستوى البشر لا يعلمها إلا الله سبحانه وتعالى، فكثيراً ما تختلف تطورات العلة أو الداء لغير ما سبب معروف حتى ليقف أكبر الأطباء وأكثرهم إلماماً بعلمه وفنه حائراً أمام هذه التطورات وما يصاحبها من مضاعفات دون أن يستطيع بيان العوامل التي أثرت في سير المرض أو نتيجة العلاج، فأحياناً تكون حالة المريض من الخطورة بحيث تكفي وحدها لتبرير وفاته أو الضرر الذي حاق به دون أن يمكن نسبة سبب الوفاة أو الضرر إلى خطأ الطبيب، وقد تكشف الصفقة التشريحية عن عيوب جسدية كافية بذاتها لأن تؤدي إلى وفاة المريض، والطبيب المعالج يجهلها وقت أن باشر العلاج[1]. وقد يتعاقب الأطباء الذين أشرفوا على علاج المريض بحيث يتعذر معرفة خطأ أي من هؤلاء الأطباء الذي أفضى إلى الوفاة أو الضرر، وأحياناً يموت المريض وتدفن معه أسباب وفاته الحقيقية بحيث يتعذر نسبة الوفاة على سبيل اليقين إلى خطأ الطبيب، ولذلك، فلا عجب أن يقف القاضي حائراً أمام العوامل المتشعبة ذات الأغوار البعيدة التي تؤثر في نتيجة العلاج، ولا عجب كذلك أن تغم على أهل الخبرة من الأطباء معرفة سبب الوفاة أو الأضرار التي حاقت بالمريض، فالعوامل التي تؤثر في سير المرض ونتائج العلاج متعددة متشعبة حتى ليصبح تتبع آثار الخطأ الصادر من الطبيب أمراً ليس باليسير والواضح، ولذلك مال بعض القضاء الفرنسي - كما رأينا سابقاً - إلى التشدد في تقدير رابطة السببية مقرراً

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص190.

استبعادها ما دام لم يتأيد لها عن طريق إقامة الدليل القطعي أن الخطأ الذي ارتكبه الطبيب والذي حاق بالمريض سبب وقوع الضرر وأن ذلك الخطأ قد تفاعل في إحداث هذا الضرر بحيث لولاه لما وقع ويلاحظ أن مثل هذا القضاء يؤدي إلى إفلات كثير من الأطباء من المسؤولية وذلك بالاحتماء بشكوك وراء رابطة السببية، وكذلك الاحتماء بزملائهم الخبراء من مشاهير مهنة الطب وأعلامها، فهؤلاء الخبراء يتشيعون لآراء زملائهم الأطباء الذين قاموا بعلاج المريض، فكثيراً ما يكونون مدفوعين بالميل إلى إفلات زملائهم من المسؤولية، ولا عجب في هذا، فحالة أو (مرض) ضم الصفوف موجودة بين ذوي المهنة الواحدة، والتضامن الحرفي موجود دائماً بين أهل الشريحة الواحدة الذين يتعايشون مع المهنة ويلمسون مخاطرها ويعلمون أنهم ليسوا أنفسهم بمأمن من مسؤوليتها، والملاحظ أن تقارير هؤلاء الخبراء غالباً ما تنتهي إلى عدم وجود رابطة سببية بين الوفاة أو العجز، وبين خطأ الطبيب، ولذلك فإن من السهل على الأطباء الاحتماء خلف الاعتبارات العلمية غير المقطوع بها[1].

لكل ذلك وجد القضاء الفرنسي بديلاً يحقق التوازن بين مصلحة المريض والطبيب، وهذا البديل هو التعويض عن فوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة على المريض. فهل إن هذا القضاء يستحق التأييد؟ وهل يعتبر ضرورياً؟

صحيح أن الفن الطبي لم يصل إلى حد الكمال، فمهما كان المريض تافهاً والعلاج معروفاً فليس من طبيب يستطيع أن يضمن الشفاء، ولكن صحيح كذلك أن إقامة الدليل على رابطة السببية وتقريرها في دائرة المسؤولية الطبية أمر شاق وعسير، ولذلك يذهب القضاء الفرنسي إلى أنه يكفي لمساءلة الطبيب والحكم عليه بالتعويض أن يكون خطؤه الذي أقام المدعي الدليل عليه قد أخل (بفرصة) المريض في البقاء على قيد الحياة أو بفرصته في الشفاء مما كان قد ألمّ به من مرض. ومهم بعد هذا أن يكون القاضي على يقين تام من أن الخطأ الذي اقترفه الطبيب كان هو السبب الذي أدى إلى وقوع ما وقع من ضرر، وإنما يكفي في هذا المقام (الشك) في نفس القاضي حول قيام رابطة السببية بين خطأ الطبيب وبين الضرر الذي لحق المريض (أو ذويه) ذلك لأن صدور هذا الخطأ من الطبيب لم يترك للمريض (كل الفرص والآمال) التي كان يرجوها من وراء العلاج الطبي[2].

---

(1) ملاحظات الأستاذ ديري، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1972، ص408.
(2) أستاذنا. حسن علي الذنون، نظراته، المرجع السابق، ص64.

ويقول الدكتور الأبراشي في هذا الصدد: ((والقول بأنه حتى تثبت علاقة السببية لابد أن يثبت أنه لولا الخطأ الذي ارتكب في العلاج لشفي المريض حتماً، معناه في الواقع إفلات الأطباء جميعاً من كل مسؤولية. إنما علاقة السببية تعتبر متوافرة في نظرنا إن كان خطأ الطبيب من شأنه أن يفوت على المريض فرصة حقيقية للشفاء))[1].

أما بخصوص اعتراض بعض الفقه على تطبيق فكرة إضاعة الفرصة في دائرة المسؤولية الطبية فإن الحجج التي أوردها هؤلاء الفقهاء لا تكفي لاستثناء الطبيب من المسؤولية إذا أخل بفرصة المريض في البقاء على قيد الحياة أو بفرصته في الشفاء مما كان قد ألم به من مرض، بل إن فكرة فقدان الفرصة تجد لها في دائرة مسؤولية الأطباء والجراحين المهنية ميداناً رحباً للتطبيق، وآية ذلك أن تقرير مسؤولية الأطباء عموماً لا تعرف إلا تأكيداً نسبياً، إذ لا يمكن الجزم في أغلب الحالات بأن الضرر الذي حاق بالمريض ما كان ليقع لولا الخطأ الذي اقترفه الطبيب[2] وبعبارة أخرى ففي حالة إغفال الطبيب وإهماله في علاج مريضه لا يوجد معه ما يؤكد أنه لو لم يصدر منه ذلك الإهمال كان المريض سيشفى حتماً.

ولكن بعض الفقه وبعض الأحكام القضائية لم يؤيد فكرة فوات فرص الشفاء على المريض والتي تتمثل في أمل المريض في شفائه مما كان قد ألم به من مرض أو نجاح عملية جراحية تجرى له، بحيث يترتب على ذلك شفاؤه وبقاؤه على قيد الحياة سليماً معافى، وآية ذلك أن هذه الأحكام القضائية وذلك الفقه لم يتصور إمكان إصابة الإنسان بضرر من جراء موته باعتبار الموت أمراً طبيعياً وحتمياً لكل إنسان، لا بد أن يقع إن آجلاً أو عاجلاً، وحتى لو اعتبر الموت ضرراً فلا يعد أن يكون ضرراً افتراضياً محضاً لا يقتضي التعويض[3].

ولكن الاتجاه القضائي السابق لم يستمر، بل قبل مبدأ تعويض تفويت فرصة استمرار الحياة، فإذا ما اقترف الطبيب أو الجراح خطأ في العلاج أو التدخل الجراحي نجم عنه موت المريض، فقد قرر القضاء الفرنسي - كما رأينا سابقاً - ابتداء من عام 1965 مسؤولية هذا الجراح أو ذلك الطبيب ليس عن الموت ذاته، وإنما عن إضاعته على المريض فرصته في البقاء على قيد الحياة، وذلك على الرغم من عدم التيقن من بقاء

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص196.

(2) محمد عمر عبد، تعويض الضرر الناتج عن تفويت الفرصة، المرجع السابق، 84.

(3) استئناف القاهرة في 26 نيسان (إبريل) 1953، مجلة إدارة قضايا الحكومة، س3، ع2، ص138، نقض جنائي مصري، في 25 آذار (مارس) 1946، المحاماة، س16، 688.

المريض على قيد الحياة في فرض عدم اقتراف الطبيب أو الجراح للخطأ أي على الرغم من عدم ثبوت رابطة السببية الأكيدة والمباشرة بين الخطأ والوفاة.

وفيما يتعلق بالتعويض عن ضرر الموت، في ذاته باعتباره مصيراً حتمياً لكل إنسان، وبين حق كل إنسان في الحياة والتمتع ووجوده خلال نصيبه الطبيعي من هذه الحياة والذي يعد الاعتداء ليس في حق الحياة ذاته، وإنما في وسيلة المحافظة عليه، فإن هذا الاعتداء يكرس ضرراً محققاً هو إضاعة فرصة من فرص البقاء على قيد الحياة، يقتضي التعويض، الذي يقدر بقدر هذه الفرصة فقط وليس بقدر الضرر المترتب على فقد الحياة ذاتها[1]. وهكذا قبل القضاء الفرنسي فكرة التعويض عن تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة على المريض، ابتداء من حكم الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 14 كانون الأول (ديسمبر) 1965 الذي قرر أن حرمان المريض من فرصته في العلاج نتيجة خطأ الطبيب المعالج يكفي لتبرير التعويض وحتى ولو كان هناك شك في نتيجة العلاج أي حتى ولو لم يكن من الممكن الجزم أن المريض سيشفى من المرض والبقاء على قيد الحياة في حالة غياب الخطأ[2].

ومن الجدير بالذكر أن الفرصة في مجال التعويض تتميز عن مجرد الأمل المحض الذي يتوقف على شعور ونفسية المريض، فتتميز الفرصة بأنها تقدر تقديراً موضوعياً وليس شخصياً، فالمريض الذي ألمّ به داء خطير كالسرطان قد يكون لديه الأمل في الشفاء، في حين أنه من الوجهة الطبية لا يملك فرصة جدية حقيقية في الشفاء من هذا الداء، ولو أننا نسمع ونقرأ أن العلماء من الأطباء يقومون بدراسات وبحوث معمقة من أجل وجود علاج لهذا المرض المستعصي.

يشترط إذن في الفرصة أن تكون جدية أو حقيقية تمييزاً لها عن مجرد الأمل، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الفرصة تتميز عن التحقق واليقين، فهي ليست سوى احتمال، وإن كان كافياً ومعقولاً، لتحقيق أمر معين بطريقة محددة، بمعنى رجحان تحقيق ذلك الأمر بهذه الطريقة، فإذا كان يشترط في الفرصة أن تكون جدية وحقيقية، فلا يعني ذلك أنها تعبر عن التحقق واليقين من وقوع أمر ما، فهي وإن كانت لا تعدو مجرد الأمل، إلا أنها لا ترقى إلى مستوى اليقين. طبقاً لهذا المعيار، الذي يحدد وجود تحقق الفرصة، أي وصول درجة احتمال تحقق الفرصة إلى حد الرجحان دون التأكد واليقين، يمكن التمييز، فيما يتعلق بالتعويض في دائرة مسؤولية الأطباء

---

(1) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، القسم الأول، مجلة الحقوق، الكويت س10، ع2، 1986، ف17 ص107.

(2) سبق أن أشرنا إلى هذا الحكم.

والجراحين المدنية بين حالتين مختلفتين: ففي الحالة الأولى يكون خطأ الطبيب أو الجراح هو السبب المباشر في الحالة المرضية التي ألمت بالمريض، كأن يترك الطبيب الجراح مقصاً أو ملقطاً في بطن المريض الذي يجري له تدخلاً جراحياً، الأمر الذي يسبب له آلاماً مبرحة ومتاعب جمة، أو أن يقوم طبيب التخدير بتخدير المريض دون أن يتيقن من خلو معدته من الطعام، الأمر الذي يفضي إلى اختناقه وقضاء نحبه، ففي هذه الحالات ومثيلاتها من الثابت والمؤكد أن الخطأ الذي ارتكبه الطبيب هو علة الضرر الذي حاق بالمريض (أو بذويه) وسبب وقوعه، لذلك فإن هذا الخطأ يقتضي قيام مسؤولية الطبيب أو الجراح وبالتالي يستلزم تعويض الضرر كاملاً، وليس فقط التعويض عن حرمان المريض من فرصته في الشفاء مما كان قد ألمّ به من مرض أو فرصته في البقاء على قيد الحياة.

أما الحالة الثانية فتجمع صور الخطأ الأخرى التي يقتصر فيها دور خطأ الطبيب أو الجراح أو إهمالهما في العناية بالمريض على ترك حالته الصحية تتزايد وتتفاقم سوءاً، ففي هذه الحالة ومثيلاتها، فعلى الرغم من قيام الدليل على خطأ وإهمال الطبيب أو الجراح الملتزم ببذل العناية الواجبة اليقظة والمتبصرة تجاه مريضه طبقاً لمعطيات العلم الطبي وتقدم وسائله، إلا أن خطأ الطبيب المعالج في هذه الظروف لا يمكن أن يسند إليه سوى التسبب في حرمان المريض من فرصة العلاج والشفاء، التي تتحدد قيمتها على ضوء التحسن المحتمل الذي كان يمكن أن تحققه العناية التي حرم منها المريض.

فتقدير هذه الفرصة أمر مرجعه إلى الأصول العلمية والسير الطبيعي للأمور مع مراعاة حالة المريض الصحية ودرجة تقدم المرض في جسمه، لأن هذه الفرصة ترتبط إلى حد كبير بظروف تكون بعيدة عن قدرة الطبيب، وإنما تتصل بعوامل خارجية عنه، كنوع وطبيعة المرض الذي كان قد ألمّ بالمريض ومدى خطورته وخطورة ما قد يلزم إجراؤه من تدخل جراحي، وحالة المريض ذاته ومدى تأصل المرض فيه، واستعداده الذاتي وتقبله للعلاج، فالطبيب في هذا المضمار يواجه مخاطر لم ينشئها ولا يد له فيها، فهو يتحدد دوره في محاولة درء هذه المخاطر وتخليص مريضه منها، وذلك في حدود القدر المتاح للبشر، وعلى ضوء معطيات الظروف والإمكانيات التي يوجد فيها من حيث الزمان والمكان والأجهزة العلمية التي وضعها العلم بين يديه، التي تختلف من حالة إلى أخرى، هذا بالإضافة إلى ضرورة الاعتداد بالتقدم العلمي والطبي في المجالات المرضية المختلفة. كل هذه العوامل أو العناصر الواقعية المختلفة التي تقوم بدور مهم في تقدير خطأ الطبيب لها بلا شك دورها وتأثيرها في تقرير التعويض عن فوات الفرصة في نطاق المسؤولية الطبية، لذلك فإن القضاء يحرص على إظهار خطأ الطبيب وإهماله في العناية

الطبية قبل قبوله لمبدأ التعويض عن ضياع فرصة المريض في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، ومهمة القاضي في ذلك غاية في الدقة، إذ عليه أن يفرق بين ما يرجع إلى أخطاء البشر وما يرجع إلى أحكام القضاء ونوازل القدر، خاصة وأنه في تتبعه آثار الخطأ لن يجد ما يعتمد عليه سوى القرائن القوية والكافية والمهمة والمحددة، فإذا أقيم الدليل على أن الداء أو المرض في سيره الطبيعي كان مؤذياً لا محالة بالمريض سواء أجري العلاج أم لم يجرِ أو أجري التدخل الجراحي أم لم يجرِ، فلا يسأل الطبيب عن انتقاله إلى الدار الآخرة، أما إذا كانت حالة المريض الصحية تبعث على الاطمئنان بشفائه، وأقيم البرهان على أن المرض في سيره الطبيعي ليس فتاكاً وغير مؤذٍ حتماً بالمريض، فإن أي خطأ من الطبيب أو الجراح يضيع على المريض فرصته في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة يعتبر مرتبطاً بالضرر برابطة سببية كافية لنهوض مسؤولية هذا الجراح أو ذاك الطبيب، وأنه يكفي لنهوض مسؤولية الطبيب المعالج عن فوات الفرصة أن يقام الدليل على أن المريض كان سليماً معافى وفي ريعان شبابه أي في ظروف يفترض معها أن عناية مناسبة كانت تعطيه أكبر قسط من المقاومة، ومن هذه الظروف جميعها يستطيع القاضي أن يستنبط قرائن قوية ومحددة وكافية تدين الطبيب المعالج[1].

غير أن تطبيق فكرة فوات الفرصة في الأمور الطبية لم يرقْ لبعض الفقهاء ـ كما رأينا سابقاً ـ فقد انتقدوا اتجاه القضاء، وقالوا إنه يتعين، في مجال فرص العلاج والشفاء، الذي أخذت به محكمة النقض الفرنسية ابتداء من عام 1965، التمييز بين الفرص الماضية والفرص المستقبلية، أي التمييز وفقاً لما إذا كانت الفرصة قد وجدت في الماضي ثم فُقدت نهائياً ولن تعود ثانية، أم أنها كانت ستوجد مستقبلاً فقط ولكن المضرور حُرم منها. ويقصد هؤلاء الفقهاء بذلك التمييز عدم الخلط بين تعويض فقد إمكانية أو فرصة منتهية وغير مؤكدة في إحداث الضرر، وتعويض فرصة فقدت بالنسبة للمستقبل. ففي حالة الفرصة التي يدعي المريض (أو ذووه) فقدها بسبب خطأ الطبيب أو الجراح أو إهمالهما، المتجسدة في احتمال إمكان شفاء المريض مما كان قد ألمّ به من مرض أو بقائه على قد الحياة، والتي كان يمكن تحقيقها لو لم يقترف الطبيب المعالج الخطأ أو الإهمال المنسوب إليه، ففرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة تكون قد أتيحت بالفعل ولكنها فقدت بسبب خطأ الطبيب المعالج، فوقع الضرر، فالعبرة في وجود وتحقق الفرصة وفقاً لهذا الرأي لا تمكن فقط في معرفة ما إذا كان الضرر سيقع أو لا في حالة ضياعها، وإنما في تحديد ما إذا كان الضرر

---

(1) د. الأبراشي، المرجع السابق، ص196 ـ 197، قارن د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، القسم الثاني، مجلة الحقوق، الكويت، س1986، ع3 س10، ف38، ص153 ـ 155.

سيقع مع غياب الخطأ المنسوب إلى هذا الطبيب أو ذلك الجراح، ولذلك يقر أنصار هذا التحليل، أنه من الخطأ أن يطبق القضاء فكرة ضياع الفرصة في دائرة مسؤولية الطبيب. فالمطلوب في هذه المسؤولية هو تحديد ما إذا كان الخطأ قد أحدث الضرر أم لم يحدثه، وخطأ الطبيب أو الجراح لم يفوت فقط على المريض فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، وإنما هو سبب وفاة هذا المريض أو سبب الضرر الذي حاق به في حالة بقائه على قيد الحياة.

ولكن هذه التفرقة المصطنعة بين الفرصة الماضية والفرصة المستقبلية منتقدة، إذ عندما تعوض الفرصة الفائتة فإنها لا بد وأن تكون بالضرورة وفي جميع الحالات ماضية سواء في إطار مسؤولية الطبيب أم في نطاق المسؤولية المدنية بشكلها العام، فالشرط الأساسي لتعويض الفرصة أن تكون قد فاتت بالفعل وبصفة نهائية، أما حقيقة ما تتميز به مسؤولية الأطباء والجراحين، فهو أن الطبيب أو الجراح قد سنحت له فرصة علاج المريض، ولكنه لا ينتهز هذه الفرصة ويوفرها للمريض، بينما في المسؤولية المدنية بصفة عامة ففي الغالبية العظمى من الحالات لا تكون المحاولة قد تمت ولا يعد ممكناً محاولتها، ومع ذلك ففي جميع الحالات تكون النتيجة واحدة وهي فوات الفرصة نهائياً بحيث لا يمكن معالجتها وقت إثارة الضرر.

وقد قيل أيضاً إن اللجوء إلى فكرة ضياع فرصة المريض في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة سيغير طبيعة التزام الطبيب ويجعله التزاماً بتحقيق غاية وليس التزاماً ببذل عناية بيد أن هذا التخوف لا أساس له من الصحة، لأن القضاء الذي اتجه إلى الأخذ بفكرة ضياع الفرصة في دائرة المسؤولية الطبية اهتم كثير الاهتمام بإظهار خطأ الطبيب أو الجراح، فالقاضي ينبغي عليه للاعتداد بفكرة تفويت الفرصة أن يتيقن من تحقق الفرصة وتوافرها للمريض عند التدخل الطبي، وأن حرمان المريض منها، كان بسبب الخطأ الذي اقترفه الطبيب أو الجراح[1].

وقد قيل أيضاً إن القضاء الذي يلجأ إلى فكرة ضياع الفرصة في إطار مسؤولية الأطباء يتضمن التخلي عن توافر علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر[2].

غير أن هذا القول محل نظر، فالادعاء بالتخلي عن رابطة السببية يفترض أن الضرر الذي يعتمد به في فقدان الفرصة يتجسد في أن الفرصة لم يتم استغلالها واستخدامها بنجاح، في حين أن الضرر يتكون في الحقيقة من ضياع الفرصة ذاتها، ولذلك فإن التعويض ـ كما رأينا سابقاً ـ لا يمكن أن يكون إلا جزئياً بالنسبة

(1) مدني فرنسي، في 21 تشرين ثاني (نوفمبر) 1978 الأسبوع القانوني 1979، 2 ـ 2033، تعليق سافاتيه.
(2) سافاتيه، المقال السابق، دالوز 1970، ف124.

للتعويض الذي يتقرر في حالة مساءلة الطبيب عن كل الضرر الذي حاق بالمريض وليس فقط مرده تفويت الفرصة.

وهكذا نصل إلى صحة وتبرير القضاء الذي أخذ بفكرة ضياع الفرصة في دائرة المسؤولية الطبية، فعلى ضوء الظروف التي عرضناها، يعتبر هذا القضاء مناسباً ويستحق التأييد، بل ويعتبر ضرورياً لتحقيق ما يمكن أن يسمى (بسياسة الردع القانوني)[1] أما تلك الوسائل الخطيرة التي يملكها الطب الحديث في مواجهة مرضى لا يملكون إلا أن يسلموا للأطباء زمام سلامتهم الصحية فهذا القضاء لا يطلب من الطبيب أو الجراح سوى أن يؤدي واجبه المهني على الوجه الأكمل، فإن تقاعس تثور مسؤوليته عما يحيق بالمريض من أضرار دون أن يسمح له بأن يحتمي بشكوك خلف علاقة السببية أو الاحتماء وراء الاعتبارات العلمية الطبية غير المقطوع بها.

فخطأ الطبيب أو الجراح هو سبب حرمان المريض من فرصته في الشفاء مما كان قد ألمّ به من مرض أو من فرصته في البقاء على قيد الحياة، وفوات هذه الفرصة يعد في ذاته ضرراً محققاً يقبل التعويض لذلك فقد استمر القضاء الفرنسي في أخذه بفكرة ضياع الفرصة في الإطار الطبي[2]؛ فإذا وجدت فرصة الشفاء، فإن ضياعها يقتضي التعويض عنها باعتبارها ضرراً محققاً أصاب المريض (أو ذويه) لذلك فإن التعويض الذي يستحقه المريض (أو ذووه) يقدر بقدر هذا الضرر المحقق، أي بقيمة الفرصة التي فقدت منه، وليس بقدر الضرر الاحتمالي المتمثل في الأمل الذي ينتظره المريض، ولكنه أصبح مستحيلاً نتيجة ضياع فرصة تحقيقه.

غير أن مبدأ التعويض عن ضياع الفرصة لم يتقرر تلقائياً، ولم يتقبله القضاء بيسر وسهولة، بل مرّ القضاء في سبيل تقريره بعدة مراحل كما أن تقديره قيمة الفرصة الضائعة التي حرم منها المريض والتي يقدر على أساسها التعويض ما زال يصادف صعوبات أمام القضاء. وتكمن الصعوبة الأساسية في تقرير الحق في التعويض عن الحرمان من الفرصة، في أن الضرر لا يكون مؤكد الحدوث أو محققاً، وإنما يكون ضرراً احتمالياً، ففي حالة اقتراف الطبيب أو الجراح للخطأ أو إهماله في علاج مريضه لا يوجد معه ما يؤكد أنه لولا ضياع فرصة المريض في شفائه مما كان قد ألمّ به من مرض أو فرصته في البقاء على قيد الحياة، لأن الشفاء ذاته أو البقاء على قيد الحياة ما هما إلا فرص أو آمال كان المريض يرجوها من وراء العلاج الطبي، فالشفاء

---

(1) د. حمدي عبدالرحمن، معصومية الجسد، المرجع السابق، ص32.

(2) نقض مدني فرنسي، 12 تموز (يوليو) دالوز 1976، مختصر 84، ديجون، في 7 شباط (فبراير) 1978، دالوز 1978، 1 - 466. وقد سبقت الإشارة إليهما.

أو البقاء على قيد الحياة يكون ضرراً احتمالياً أو فرضياً قد يتحقق وقد لا يتحقق، ومع هذه الاحتمالات التي ينعدم معها التحقق واليقين، وهو الشرط الأساسي لتعويض الضرر الطبي جميعه[1].

غير أن هذه النظرة الضيقة لفكرة ضياع فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، التي تقتصر على الاعتداد بالصفة الاحتمالية غير المحققة للضرر نظرة منتقدة، فإذا كان لا يوجد ما يؤكد أن المريض سيشفى من العلة التي حاقت به أو أنه سيبقى على قيد الحياة، ولم يفارقها فبالمقابل لا يوجد ما يؤكد أن هذا المريض لن يشفى ويبرأ من دائه، أو أنه لن يبقى على قيد الحياة، بل سيقضي نحبه ويفارق هذه الحياة، فاحتمال الشفاء أو البقاء على قيد الحياة موجود وفرصته متحققة، إذ لا يستند المرض دائماً إلى مجرد آمال وأحلام وخيال، بل قد يكون واقعياً وحقيقياً، وهذا ما يقع في اغلب الأحيان، لذلك فإن ما يترتب على الصفة الاحتمالية للضرر النهائي في ضياع فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، التي كان ينتظرها المريض وحرم منها، هو عدم التحقق أو التأكد من أن هذا الضرر سيكون كاملاً، بل إن هذه الصفة الاحتمالية تضعفه وتقلل منه دون القضاء عليه كلياً، وإلا لما وجدت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة لدى المريض بالمعنى الذي حددناه سابقاً والتي تتضمن بالضرورة قدراً كافياً من الاحتمال تحقق الشفاء والبقاء على قيد الحياة إلى درجة أن تجعل منه أمراً مرجحاً.

في هذا القدر من التحقق يتحدد الضرر الطبي الحقيقي الذي لحق المريض (أو ذويه) والذي يتجسد في مدى أو قدرة الشفاء التي يملكها المريض في تحقيق شفائه مما به من داء أو بقائه على قيد الحياة، ففرصة الشفاء هذه لها بدون ريب قيمة موضوعية تقدر بقدر ما تنطوي عليه من إمكانية لتحقيق الشفاء الذي كان يرجوه المريض من وراء العلاج الطبي، أي بقدر ما يهيأ لها من نصيب في الواقع[2] وهذا الطرح أو التخريج أو هذا التحليل، يمنح للفرصة في ذاتها قيمة ذاتية خاصة، فإذا كان من غير السهل قانوناً إسناد الضرر الاحتمالي أو النهائي كله إلى الطبيب أو الجراح الذي تسبب في ارتكابه للخطأ، بتفويته على المريض فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، وآية تعذر إسناد هذا الضرر إلى الطبيب أو الجراح الذي اقترف الخطأ هو عدم وجود علاقة سببية أكيدة ومباشرة ومؤكدة ومحققة بين خطأ الطبيب المعالج وضرر آخر نسبي وليس كلياً يتجسد هذا الضرر (الجزئي) في ضياع فرصة المريض في الحصول على

---

(1) سافاتيه، دالوز 1970، 123 سبقت الإشارة إليه.

(2) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، المرجع السابق، ف35 ص149.

العلاج والشفاء. وبعبارة أخرى يتجسد هذا الضرر (النسبي) في القيم الذاتية الخاصة لفرصة العلاج والشفاء التي كان يملكها الطبيب المعالج وأضاعها على المريض. فإذا كان لدى المريض قابلية كافية ومعقولة لتحقيق شفاء معين، ووجدت له فرصة هذا الشفاء، وكانت هذه الفرصة جدية وحقيقية، فإن ضياعها يجسد ضرراً محققاً، ويستند هذا الضرر في قيمة وأهمية فرصة الشفاء هذه ومدى إمكان تحقيقها لهذا الشفاء الذي يرجوه المريض من وراء العلاج الطبي، فإذا كانت فرصة المريض في الشفاء تقدر بنسبة 50٪ مثلاً، وهذا ما يكمن الوصول إليه من تقارير الخبراء أو من اللجان الطبية المختصة، فإن فقدان هذه الفرصة من المريض يجسد ضرراً محققاً وهو حرمانه من الشفاء يقدر بنسبة 50٪، وهكذا يمكن تقدير وتقييم فرصة الشفاء التي فوّتها الطبيب المعالج على المريض من وراء العلاج الطبي، وعند تحديد قيمة فرصة الشفاء في ذاتها التي ضاعت على المريض وحساب قيمتها وفقاً لما تنطوي عليه هذه الفرصة من احتمال تحقيقها للشفاء الذي يرجوه المريض، فإن حرمان هذا المريض من هذه الفرصة، يعتبر في ذاته ضرراً محققاً، وبالتالي يقتضي التعويض[1]. وانطلاقاً من نفس هذه الفكرة قضت محكمة النقض المصرية بأنه ((إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً ومجرد أمل فإن تفويتها أمر محقق)) [2].

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هو على أي أساس، واستناداً إلى أي معيار يمكن تقدير قيمة فرصة الشفاء الضائعة في ذاتها، باعتبارها مجرد وسيلة أو طريقة لتحقيق الشفاء الذي كان يأمله المريض من وراء التدخل الطبي؟ هل إن جسامة الخطأ الذي يقترفه الطبيب أو الجراح تعتبر معياراً لتحديد قيمة فرصة وقدر التعويض؟ ابتداءً يمكن القول أن جسامة الخطأ لا تعتبر دليلاً ومعياراً لتحديد قيمة الفرصة وبالتالي لقدرة الضرر الناجم عنها، إذ من الممكن أن يتمخض ضرر جسيم عن خطأ يسير، ومن غير المستبعد أن الخطأ الجسيم قد لا ينتج إلا ضرراً يسيراً أو تافهاً، وقد لا يكون هناك مقتضى للتعويض، حتى ولو كان الخطأ الجسيم خطأً مهنياً، والواقع أن جسامة الخطأ لا تأثير لها في قدر التعويض إلا في حالات استثنائية ينظمها المشرع بنص صريح لعلة خاصة بها، خروجاً على القواعد العامة[3]، ناهيك عن أن نظرية تدرج الخطأ نظرية مهجورة عفى عليها الزمن، وقد سبق أن تعرضنا لها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى،

(1) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، المرجع السابق، ف35، ص150.

(2) نقض مدني مصري، في 13 تشرين ثاني (نوفمبر) 1985، مجموعة أحكام النقض س9، ف88، ص684.

(3) المواد 169 و170 مدني عراقي د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، التقدير القضائي للتعويض، مجلة المحامي، الكويت، 1985، ف88 ص67.

فإن التعويض عن فوات فرصة الشفاء يمكن مواجهته بالنسبة للمسؤولية الطبية الخطئية التي لا تحتاج إلى الخطأ أساساً ومعياراً لها[1] كما هو الحال في مسؤولية الطبيب عن الأشياء والآلات والأجهزة والمعدات الطبية التي تكون تحت حراسته، وآية ذلك أن فكرة فوات الفرصة ما هي إلا مجرد تطبيق للمبادئ العامة في المسؤولية المدنية ليس لها مقتضى خاص بالنسبة للفعل الموجب لها، ولم يظهر أصل هذه الفكرة في مجال الخطأ وإنما برزت في مجال الضرر الناجم عنها ومدى اعتباره ضرراً محققاً، لذلك فإن كل فعل ضار يستوجب قيام المسؤولية يكفي لتعويض الضرر الناتج عن ضياع فرصة الشفاء على المريض، بغض النظر عما إذا كان هذا الفعل خاطئاً أم غير خاطئ[2].

إذن ما هو الأساس، الذي يمكن الارتكان عليه لتقدير فرصة الشفاء التي فوتها الطبيب الجراح على المريض؟

إن قيمة فرصة الشفاء متجسدة في قيمة الضرر الذي حاق بالمريضة (أو بذويه) وحساب وتقدير الضرر الاحتمالي[3] الذي يتمثل في فرصة الشفاء الاحتمالي الذي حرم منه المريض بسبب ضياع فرصة الشفاء هذه، أي قيمة الحياة وهنائها والتمتع بها، ومهمة القاضي هنا صعبة ولكنها ليست بالمستحيلة، فهو يقوم بتحديد الأسباب والعوامل المتنوعة والمختلفة التي يتوقف عليها الشفاء الذي يرجوه المريض من وراء العمل الطبي، وفرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة مجرد سبب أو عامل من هذه العوامل وتلك الأسباب، ثم يقوم القاضي بعد ذلك بتحديد دور الفرصة في تحقيق الشفاء على ضوء مدى مشاركة الأسباب والعوامل الأخرى، فقد يكون لهذه العوامل، القدح المعلى، أو الدور الكبر والأهم، وقد يكون دورها ضئيلاً ومحدوداً. وعن طريق بحث ظروف الواقع يصل القاضي إلى تقدير قيمة تقريبية لفرصة الشفاء الفائتة أو الضائعة تتجسد هذه القيمة التقريبية لفرصة الشفاء في مدى توقف هذا الشفاء أو البقاء على قيد الحياة على هذه الفرصة ومدى نسبة تحقيقها لهذا الشفاء أو البقاء على قيد الحياة وباستخدام الأرقام يقدر القاضي برقم حسابي تقريبي قدر نسبة مساهمة هذه الفرصة في تحقيق الشفاء أو البقاء على قيد الحياة. هذا التقدير الحسابي لقدر ونسبة تحقيق الفرصة للشفاء أو البقاء على قيد الحياة الاحتماليين ما هو إلا تقدير للعلاقة بين الفرصة والشفاء الاحتمالي، وبعبارة أخرى، تقدير لمدى تسبب الفرصة في تحقيق هذا

(1) ستارك، الالتزامات، ف105.

(2) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، المرجع السابق، ف50، ص168.

(3) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، المرجع السابق، ف50، ص168.

الشفاء، بالتالي لمدى تسبب فقدان فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة في إحداث الضرر، وبكلمات أخرى ما هو إلا تطبيق لفكرة السببية.

إذن أساس أو معيار تحديد وتقدير قيمة فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة ينحصر في رابطة أو صلة السببية بين ضياع فرص الشفاء التي أضاعها الطبيب أو الجراح والضرر الذي حاق بالمريض (أو بذويه)، ولكن ما هو نوع رابطة السببية التي نواجهها في هذا المجال؟ هل هي رابطة السببية العادية؟ أم هي علاقة سببية خاصة؟ وما هو معيارها؟

إن ما نواجهه هنا هو رابطة السببية بين ضياع فرصة الشفاء والضرر الاحتمالي المحددة قيمته في الشفاء الذي كان يرجوه المريض من وراء العلاج الطبي، والتي تمثل في ذات الوقت رابطة السببية بين فقدان فرصة الشفاء والضرر المحقق والمتجسد في قيمة فرصة الشفاء ذاتها، باعتبار أن هذا الضرر ما هو في الواقع إلا جزء أو نسبة من الضرر الاحتمالي، غير أن المقصود هنا ليس تحقيق ووجود هذه الرابطة، فهذا أمر مفروغ منه، ومفترض توافره لوجود ضياع الفرصة وتقرير مبدأ التعويض عنها، ولذلك فإن المقصود والمطلوب هنا هو إيضاح قدر ومدى هذه السببية، إذ بقدر تسبب هذه الفرصة في تحقيق الشفاء تقدر قيمتها. فإذا كانت فرصة شفاء ما تفضي حتماً وبالضرورة إلى شفاء معين، فإن فرصة الشفاء هذه تقدر بقدر الشفاء ذاته تماماً دون نقصان، ولذلك فإن إضاعتها على المرض يقتضي التعويض الكامل عن الشفاء الذي حرم منه المريض، ومن ثم فلا نكون هنا بصدد فوات فرصة الشفاء بل نكون أمام ضرر محقق يتجسد في كل ما ضاع على المريض من كسب للشفاء أو البقاء على قيد الحياة[1].

يتبين مما سبق أن تقدير وتحديد قيمة فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة التي حُرم منها المريض وبالتالي التعويض عن الضرر الذي لحق المريض والناجم عن ضياع هذه الفرصة، سواء في تقريره أم مداه يكمن في رابطة السببية، ولكن ليس بمفهومها العادي، بل بمفهومها الخاص في تفويت فرصة الشفاء، والتي تتميز بقيامها على الاحتمال أو الترجيح وليس التأكيد واليقين، فما هو إذن المفهوم الخاص لرابطة السببية في تطبيقها على ضياع فرصة الشفاء؟

يتضح مما تقدم أن لرابطة السببية في ضياع فرصة الشفاء مفهوماً خاصاً بها، وعلة ذلك أن السببية العادية والمفهوم التقليدي لرابطة السببية سواء تمثلت في نظرية

(1) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، المرجع السابق، ف51، ص169.

تعادل الأسباب أم في نظرية السببية الملائمة (السبب المنتج) لا يسعفنا كثيراً في تبرير تعويض الضرر الناجم عن ضياع فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، ولا تسعفنا هاتان النظريتان بمفهومها التقليدي في تحديد قيمة الضرر الناتج عن تفويت فرصة الشفاء، فنظرية تعادل الأسباب تعجز إن لم يكن يستحيل عليها، تقديم إيضاح وتبرير تعويض هذا الضرر الطبي، أما نظرية السبب المنتج أو نظرية السببية الملائمة فهي غير عاجزة، وتساعد على هذا التبرير، ولذلك سوف نستبعد نظرية تعادل الأسباب، ولا نتعامل معها مطلقاً، ونقترب من النظرية السببية الملائمة في تحديدها للعامل أو السبب الأكثر ملاءمة لإيقاع الضرر الذي يبدو السبب الحقيقي له، وترتكز هذه النظرية على قدر كبير من التقدير الذي يترك لقاضي الموضوع، بما ينطوي ذلك التقدير على الحدس والتخمين والاحتمال، ولذلك فإن النتائج التي تصل إليها هذه النظرية لا ترتكز على التأكيد واليقين، بل تقوم على قدر كبير من الترجيح والاحتمال، وإن كان ترجيحاً واحتمالاً موضوعياً، وليس شخصياً، مما يبعده عن الخيال، ويقربه كثيراً إلى الواقع والحقيقة، ومن ثم إلى التأكيد واليقين والتحقق، ومن هنا وجد تماثل وتقارب في الأفكار بين نظرية السبب المنتج وفكرة تفويت لفرصة، فكلاهما يرتكن على عنصر الاحتمال، بالوضع الظاهر في تحديد وتقدير السببية، ولكنهما يبتعدان ويختلفان في نقطة أساسية تتعلق بدور ودرجة الاعتداد بعنصر (الاحتمال) في كل منهما[1].

فعند تقرير رابطة السببية لا يعتد بالاحتمال كعنصر ضروري لا بد منه ولا يُنظر إليه إلا باعتباره طريقة للوصول إلى اليقين وليس قيمة ذاتية، فعنصر الاحتمال ليس مقصوداً لذات، بل باعتباره بديلاً عن التحقيق واليقين، الذي عند تعذر تحققه يصار إلى بديل له. أما في فكرة ضياع فرصة الشفاء فيعتد بعنصر الاحتمال كعنصر ضروري لا غنى عنه حيث يعد من جوهر فكرة فوات الفرصة ولا يمكنها تفاديه، ففي حالة ضياع فرصة الشفاء لا يمكن الجزم والتأكيد أنه لولا خطأ الطبيب أو الجراح كان المريض سيبقى على قيد الحياة حتماً وأكيداً، وبعبارة أخرى لا يمكن القول أن خطأ الطبيب أو الجراح كان شرطاً ضرورياً لضياع الشفاء وقيمة الحياة وهنائها، أي لا يمكن القول إن الخطأ الطبي كان السبب المنتج أو الملائم أو المنشأ للضرر الذي حاق بالمريض.

(1) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، المرجع السابق، ف54، ص174.

بيد أن هذا التباعد والاختلاف بين نظرية السبب الملائم أو المنتج وفكرة ضياع فرصة الشفاء حول دور وأهمية عنصر الاحتمال ومدى الارتكان عليه أو الاعتداد به في كل منهما لا يمنع من اشتراكهما معاً في الارتكاز على معيار التأثير السببي للعوامل المتعددة التي اشتركت في إحداث الضرر الذي حاق بالمريض. ففي كلتا الحالتين يتم تقدير التعويض استناداً إلى رابطة السببية الأكيدة والمباشرة التي تربط الخطأ الذي أثار مسؤولية الطبيب أو الجراح بالضرر الذي لحق بالمريض أو (ذويه)، وهو نفس ما يقع عند تقدير التعويض (الجزئي) في حالة ضياع فرصة الشفاء، ويقارن القاضي عند تقديره للتعويض، التأثير السببي لخطأ الطبيب أو الجراح الذي أضاع على المريض فرصته في الشفاء أو فرصته في البقاء على قيد الحياة مع التأثير السلبي للحالة الصحية للمريض، ومدى قابليته للشفاء، وتقبل العلاج بالنظر إلى حالة الداء أو العلة ذاتها والتي ألمت بالمريض ومدى تقدم علم وفن الطب وعلم الدواء فيها.

ورغم التقارب بين نظرية السببية الملائمة وفكرة فقدان فرصة الشفاء، فإن هناك فارقاً بينهما، يتوقف هذا الفارق على عنصر الاحتمال، ففي حالة تقييد التعويض بسبب الحالة المرضية للمريض إعمالاً لنظرية السبب المنتج، يقارن القاضي بين سببين معروفين اشتركا معاً في إيقاع الضرر على وجه اليقين والتحقق، أما في حالة فوات فرصة الشفاء، فيقارن القاضي بين الآثار المحتملة للعوامل والأسباب العديدة والمختلفة التي هي ذاتها محتملة وليست محققة أو أكيدة، فخطأ الطبيب أو الجراح الذي تسبب في ضياع فرصة الشفاء على المريض، يكون دوره السببي غير أكيد أو محقق، بل محتملاً فقط، ومع ذلك فإنه يأخذ بعين الاعتبار على أساس انه يفضي إلى النتيجة الضارة.

يتضح مما تقدم أن التعويض في ضياع فرصة الشفاء على المريض، يقدر دائماً بالارتكاز إلى الاحتمال والترجيح وليس التحقق واليقين، وهذا لا يمكن قبوله إلا بالتوسع في التفكير التقليدي للسببية الملائمة وذلك بإدخال عنصر الاحتمال فيها، لذلك فإن التعامل مع نظرية السببية الملائمة وإن كان يساعد في تقدير قيمة فرصة الشفاء الفائتة وتعويضها تعويضاً (جزئياً) إلا أنها لا تسعفنا لتبرير هذا التعويض من الوجهة القانونية، لأنها لا تكفي وإن ساعدت على ذلك، ما لم تجعل عنصر الاحتمال عنصراً أساسياً فيها وليس عنصراً عرضياً.

فنظرية السبب المنتج تصلح كأساس لتبرير الذاتية لفرصة الشفاء، ومن ثم تبرير أساس التعويض عن ضياعها، ولا ينقصها في ذلك سوى تعميق أخذها بعنصر

الاحتمال، التي تأخذ به من حيث المبدأ وتعتمد به في تقدير التعويض، وجعله عنصراً جوهرياً مقصوداً لذاته، وليس مجرد عنصر عرضي[1].

وهذا ما لجأ إليه بعض الفقهاء[2] مطالباً بالجمع بين كل من السببية الملائمة وعنصر الاحتمال في معيار واحد يمكن بمقتضاه تبرير التعويض عن ضياع فرصة الشفاء على المريض، التي تتسم بارتكازها على أسباب احتمالية محضة، على الرغم مما يتطلبه المنطق القانوني للتعويض من ضرورة توافر رابطة سببية محققة وأكيدة ومباشرة بين الخطأ والضرر.

فقد برر الفقيه جاك بوريه التعويض عن ضياع فرصة الشفاء بفكرة السببية التي تعترف، في حالة تعدد عوامل وأسباب واقعة باختلاط السببية بالاحتمال أو بما أسماه القانون السببي بالقانون الاحتمالي، ومستنداً في ذلك على حقيقة مؤداها أنه بتحليل العوامل أو الأسباب المختلفة لظاهرة أو واقعة ما، نجد دائماً سبباً أو أكثر يكون مجهولاً إلى حد ما، لذلك فإن تقرير توافر رابطة السببية بين ظاهرتين لا يرتكز دائماً على التأكد واليقين، بل يكون هناك محل لقدر من الاحتمال. واستناداً إلى هذا التحليل يقرر جاك بوريه أن الرابطة السببية التي يؤسس عليها تعويض ضياع فرصة الشفاء ينبغي أن تفسح مجالاً للأخذ بعوامل وأسباب مرجحة ومحتملة فقط وليست محققة أو مؤكدة، بشرط ألاّ ينظر إلى عنصر الاحتمال الذي يتم حسابه وتقديره على أسس علمية مدروسة، بحيث يجسد قيمة حقيقية يمكن الارتكاز عليها، ففي تعويض ضياع فرصة الشفاء، إذا أقيم دليل بواسطة الخبرة الطبية على أن علاجاً ما يحقق الشفاء بنسبة 90٪، فإن ذلك يعتبر برهاناً معقولاً يمكن الاستناد عليه، فهذا الدليل وإن كان لا يصل إلى حد اليقين، ولكنه لا ينزل إلى مستوى الأماني والأحلام والخيال، بل إنه يرقى إلى حد الترجيح الذي يمكن الارتكان عليه والاعتداد به إلى درجة معقولة في حالة استحالة الوصول إلى حد اليقين والتأكد[3].

ويوضح الأستاذ جاك بوريه أن دمج القانون السببي بالقانون الاحتمالي لا يتنافى مع المنطق القانوني المحض، فعلى الرغم مما يبدو لأول وهلة أن ذلك التحليل يتعارض مع ما تقتضيه المسؤولية المدنية وما يستلزمه التعويض من حتمية وضرورة التأكد من تحقق رابطة السببية بين الخطأ الطبي الذي يثير مسؤولية الطبيب وما يترتب عليها من تعويض وبين الضرر الذي حاق بالمريض (أو بذويه) بيد أنه مع التدقيق يظهر عدم وجود

---

(1) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، المرجع السابق، ف54، ص176.
(2) بورية المقال السابق، ف16 نقلاً عن د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، 176.
(3) جاك بوريه، المقال السابق، ف23 نقلاً عن د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص177.

لهذا التعارض، فالمشرع لم يفرض على القاضي أي نظام محدد للسببية يتقيد به، ولم يلزمه بقبول التأكيد واليقين فقط في هذا الإطار، بل أجاز له الاستناد والأخذ بتأكيد إنساني واقعي أو معقول، يصل إليه بمساعدة القرائن التي تترك لمطلق تقديره فللقاضي سلطة تقدير مطلقة، ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية هذه أن تكون رابطة السببية، بين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب أو الجراح والضرر الذي لحق المريض (أو ذويه) لا ترقى إلى مستوى اليقين والتحقق، لذلك يجوز للقاضي تعميق فكرة السببية باتباع تقدم الأفكار العلمية الطبية التي تسهل له عملية الإثبات، مع اتباع الأرقام الحسابية التي توضح أن الظواهر الاحتمالية قابلة للتحقق بنسب مختلفة، ذلك أن استناد القاضي على الاحتمال المبني على الأسس والحقائق العلمية لا ينطوي على إنكار أو اعتداء على قواعد الإثبات، والقرائن يقتصر دورها على مجرد نقل عبء الإثبات[1]، والحق في التعويض لا يعرف إلا تأكيداً نسبياً وليس تأكيداً مطلقاً[2].

فالضرر المحقق هو غالباً الضرر الذي يعظم فيه الاحتمال والترجيح إلى درجة اعتداد القانون به، أما الضرر المحتمل فهو الضرر الذي يقل فيه ذلك الاحتمال إلى درجة عدم اعتداد القانون به[3]. ولكن كيف يصل القاضي إلى المعطيات العلمية الجادة وحساب الاحتمالات وتقديرها؟ يقول الأستاذ جاك بوريه في هذا الصدد: يصل القاضي إلى هذه المعطيات العلمية الجادة وحساب الاحتمالات بواسطة الخبرة الطبية واستشارة أهل المعرفة والتخصص، ففي حالة ضياع فرصة الشفاء على المريض يعهد القاضي إلى اللجان الطبية المختصة تحديد قيمة فرصة الشفاء التي كان يملكها المريض، فالقاضي عندما يعتد بفكرة ضياع فرص الشفاء، فإنه لا يترك مجال السببية، بل يعضدها بالإشارة إلى قانون الاحتمال الذي نعتد به دائماً في حياتنا العلمية دون أن ندرك ذلك، فعندما يقدر القاضي قيمة فرصة الشفاء الضائعة فإنه يقدر حسابياً التقابل والعلاقة بين الفعل الذي ضيع فرصة الشفاء هذه والضرر الذي نجم عن ذلك، لهذا فهو كثيراً ما يلجأ إلى أهل الخبرة لبيان هذه العلاقة، فالقاضي يطلب من الخبير الطبي بيان ما إذا كان علاج معين يحقق في الغالب الشفاء، فإذا أجابه الخبير بأن هذا العلاج يجلب الشفاء عادةً، ففي هذه الحالة يكون لدى القاضي ترجيح معقول، وهذا الترجيح وإن كان يبعد عن اليقين، إلا أنه يكون كافياً لتقرير وجود علاقة بين عدم

(1) جاك بوريه، المقال السابق، ف23، نقلاً عن د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص178.

(2) ستارك، الالتزامات، المرجع السابق، ف104، نقلاً عن د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق ص179، قارن د. علي عبيد عودة الجيلاوي، علاقة السببية، المرجع السابق، ص212، وقارن محمد عمر عبد، المرجع السابق، ص79.

(3) مازو وتنك، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ج1، ف216.

العلاج أو بين فقدان فرصة الشفاء والضرر تكفي لمساءلة الطبيب، أما إذا أجاب الخبير الطبي بأن من بين ألف مريض عولج بهذا العلاج، شفي منهم خمسمائة فقط، فإن القاضي عندئذ يملك (يقيناً) حسابياً كافياً لتقرير أن المريض كان يملك فرصة واحدة من بين اثنتين للشفاء، وبالتالي لا تكون فرصة المريض في الشفاء كاملة وإنما تقدر بالنصف فقط[1].

(1) جاك بوريه، المقال السابق، ف23 نقلاً عن د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص178.

الفصل الثالث
إثبات الخطأ الطبي

﴿ وَنُنَزِّلُ مِنَ ٱلْقُرْءَانِ مَا هُوَ شِفَآءٌ وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ ﴾[1]

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها[2] وكل طريقة من تلك الطرق مقيدة وذات قيمة محددة، متى ما اتبعت واستوفت شروطها واستجمعت أركانها التزم بها القضاء وأصبح لزاماً عليه أن يقضي طبقاً لما يفضي إليه الإثبات من نتائج قانونية، وإلا فالقضاء يعد دون ذلك ممتنعاً عن القيام بمهمات العدالة، مما يثبت الخروج عليها، وهذا ما يطلق عليه (حجية الأمر المقضي فيه) ولما كان الإثبات القضائي، إنما يرد على وجود واقعة قانونية برزت آثارها إلى الواقع العملي، فمحل الإثبات ليس هو الحق المدعى به ولا أي أثر قانوني آخر، يتمسك به المدعي في دعواه، بل هو الأساس القانوني الذي ينشئ الأثر أو الحق، وبعبارة أخرى إن محل الإثبات هو الأساس الذي تبنى عليه المسؤولية من خطأ، أو ضرر، أو علاقة سببية، أي أن هذا الأساس هو الواقعة القانونية التي هي محل الإثبات. وينظر إلى الواقعة القانونية في هذا السياق من حيث معناها العام، أي كل واقعة أو تصرف قانوني يرتب عليه القانون أثراً محدداً، فالفعل الضار واقعة مادية يرتب عليها القانون التزاماً بالتعويض، والعقد تصرف قانوني، يرتب عليه القانون التزاماً، طبقاً لإرادة المتعاقدين.

ومن أجل بيان إثبات الخطأ الطبي بشكل وافٍ، نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتطرق في أولهما إلى إثبات الخطأ المدني بوجه عام، ونبحث في ثانيهما إثبات الخطأ الطبي.

---

(1) سورة الإسراء، آية (82).

(2) د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج2، الإثبات – آثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، بدون سنة طبع، ف10، ص13 و14، قارن د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، ج1، الأدلة المطلقة، القاهرة، 1981، ف1، ص11.

المبحث الأول
إثبات الخطأ بوجه عام

يلعب إثبات الخطأ دوراً أساسياً في تحديد مسؤولية مرتكب الخطأ، لأنه بدون إثباته لا يمكن أن نصل إلى المسؤولية المدنية بتوافر أركانها الثلاثة، ما دمنا نقيم المسؤولية على أساس الخطأ.

لتوضيح موضوع إثبات الخطأ بوجه عام وأهميته في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري والعراقي نقسم هذا المبحث إلى فرعين، نعقد الأول لمبحث إثبات الخطأ في القانون المدني الفرنسي، ونخصص الثاني للتحدث عنه في القانون المدني المصري والعراقي.

الفرع الأول: إثبات الخطأ المدني في نطاق القانون الفرنسي

إن الفرق بين الالتزام التمهيدي والالتزام العقدي لا يستند إلى قواعد الإثبات بقدر ما يستند إلى اختلاف طبيعة الالتزام فيتعين في نوعية المسؤولية أن يقدم من يريد تنفيذ الالتزام الدليل على الإخلال به[1] بيد أن الالتزام بالتعويض، في الالتزام التقصيري، ينجم عن الخطأ الذي يقترفه المسؤول، إذن على المدعي الذي يقع على كاهله أن يبرهن على وجود ذلك الالتزام، أن يثبت الخطأ الذي اقترفه المسؤول. في حين أن الالتزام في المسؤولية التعاقدية، على عكس الالتزام في المسؤولية التقصيرية، يتولد عن العقد المبرم بين المتداعيين، فيقع على المدعي أن يبرهن على وجود هذا العقد ولا يكلف بعد هذا أن يثبت خطأ المدين، لأن هذا الخطأ ليس مصدر التزامه[2].

ويلوح أن هذا الفرق الذي يقول به أنصار ازدواج المسؤولية المدنية في إثبات الخطأ المدني هو السبب في اعتبار القضاء الفرنسي أن المسؤولية الطبية تجاه المريض، ذات طبيعة تقصيرية، رغم كون عقد العلاج الطبي القائم بين الطبيب والمريض هو مصدر الالتزام لكي يكلف المريض بعبء إثبات خطأ الطبيب، حتى يحكم له بالتعويض عليه، واستمر هذا القضاء على هذا الحال، غير الصحيح، حتى أصدرت محكمة النقض الفرنسية في 20 أيار (مايو) عام 1936، حكمها الشهير، الذي قضى على

(1) المادة 1315 ف1 مدني فرنسي.
(2) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف6، ص25.

خلاف القضاء السابق، بأن مسؤولية الطبيب تجاه مريضه ذات طبيعة عقدية، وبذلك تكون قد عادت إلى الرأي السليم الصحيح[1].

أما أنصار وحدة المسؤولية فقد انتقدوا القواعد السابقة بالقول إن المادة 1315 ف1، السالفة الذكر، خاصة بطلب تنفيذ الالتزام، ولا علاقة لها (بحالة المطالبة بالتعويض عن عدم تنفيذه) وإذا طالب الدائن بتنفيذ الالتزام فيكفيه أن يقيم الدليل على وجوده، بيد أن الحال يختلف إذا طالب الدائن بالتعويض عن عدم تنفيذ الالتزام لأن (الالتزام بالتعويض لا يتولد من العقد ذاته بل من عدم تنفيذه) ولذلك يتعين على الدائن أن يبرهن على عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي وهذا يعني إثبات خطأ المدين، وبهذا الشكل يتطابق أو يتوافق الالتزام العقدي مع الالتزام التقصيري بحيث يتعين دائماً على المدعي أن يثبت أن الخطأ الذي يستند عليه في دعوى التعويض، هو أساس مسؤولية المدين. ويضيف مناصرو وحدة المسؤولية أن عبء الإثبات لا يتوقف على طبيعة المسؤولية سواء أكانت عقدية أم تقصيرية، بل يعود إلى طبيعة الالتزام وبعبارة أخرى، تعيين من هو المكلف بعبء إثبات الخطأ يتوقف على طبيعة محل الالتزام لا على نوع المسؤولية عن الإخلال به، فإذا كان التزاماً إيجابياً (التزاماً بعمل أو بإعطاء شيء) فما على الدائن إلا أن يقيم الدليل على وجود هذا الالتزام ليحصل على التعويض ما لم يبرهن المدين على أن عدم تنفيذه لالتزامه كان نتيجة سبب أجنبي، وبكلمات أخرى على الطرف الذي يدعي الإخلال بهذا الالتزام أن يبرهن على وجود هذا الالتزام، وعلى تحقق الضرر الذي لحق به. أما إذا كان الالتزام سلبياً (التزاماً بالامتناع عن عمل) فينبغي على الدائن أن يقيم الدليل على إخلال المدين بالتزامه، وذلك بالتدليل على الفعل الذي تعهد المدين بالامتناع عنه، لكي يحصل الدائن على التعويض، وبكلمات أخرى الطرف الذي يتمسك بالالتزام السلبي عليه إقامة الدليل على وجود السند القانوني أو العقدي الذي تولد عنه الالتزام، إذ بغير هذا الإخلال لا يستطيع الدائن مطالبة المدين بشيء وعليه أيضاً أن يبرهن بأن المدين هو الطرف الذي لم يقم بتنفيذ ما تعهد به، أو لم يوفِ بما امتنع عنه وبعبارة أخرى أدق، إذا كان الضرر ناتجاً عن ارتكاب فعل فيتعين إقامة البرهان على أن المدعى عليه هو الذي أنشأه أو أحدثه بغض النظر عن أن تكون المسؤولية تعاقدية أو تقصيرية. في حين أن الدائن في الالتزام الإيجابي (الالتزام بإعطاء أو بعمل)، يستطيع بموجب سنده أن يطالب المدين بتنفيذه، أياً كانت المسؤولية (سواء أكانت ذات طبيعة تقصيرية أم ذات طبيعة عقدية) عن

(1) استاذنا د. حسن علي الذنون، مذكرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف11، ص7 نفس المعنى، د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف6 ص25.

الإخلال بهذا الالتزام الإيجابي. وهنا يجب التنويه إلى أن أغلبية الالتزامات الإيجابية توجد في إطار المسؤولية التعاقدية وأن أكثرية الالتزامات السلبية تظهر في نطاق المسؤولية التقصيرية وذهب رأي من نفس فريق وحدة المسؤولية إلى التمييز في إطار الالتزام الإيجابي، بين حالة عدم التنفيذ وحالة العيب في التنفيذ، ففي الحالة الأولى يقع عبء إقامة الدليل على المدين، فينبغي عليه أن يبرهن على تنفيذه لالتزامه، متى أقام الدائن الدليل على وجود هذا الالتزام وفي الحالة الثانية أي في حالة العيب في التنفيذ، يكلف الدائن بإقامة الدليل على العيب في التنفيذ الذي يدعي وجوده، متى أقام المدين الدليل على إنجازه[1] هذا من جهة ومن جهة أخرى يرى أنصار وحدة المسؤولية، أن القواعد العامة للإثبات تحتم بأن يكون عبء الإثبات دائماً على المدعي سواء أكانت المسؤولية ذات طبيعة تعاقدية أم تقصيرية، إلا إذا قرر المشرع بنص صريح في القانون بأن يكلف المدين بتحمل عبء الإثبات[2].

ويذهب الأستاذ كلاسون[3] إلى أن عبء الإثبات لا يتوقف على التفرقة بين نوعي المسؤولية، فينبغي إغفال هذه التفرقة، والاعتماد على التمييز بين الالتزام بعلم أو إعطاء شيء وبين الالتزام الذي يفرض حرصاً ويقظة، ففي الالتزام بعمل أو إعطاء شيء لا يكلف الدائن، في حالة ادعائه بعدم تنفيذ الالتزام أن يقيم الدليل على خطأ المدين والسبب في ذلك، هو أن الخطأ ظاهر في مثل هذا النوع من الالتزام، وأن تسليم الشيء المتعهد بتسليمه يكفي لتوافر الخطأ. أما في الالتزام الذي يفرض حرصاً ويقظة، فإن الذي يتحمل عبء الإثبات هو الشخص الذي يدعي الضرر لأن القصور في الحرص واليقظة مسألة تقديرية.

ويذهب الأستاذ ديموج[4] إلى أن عبء الإثبات ليس مرجعه طبيعة المسؤولية تقصيرية كانت أو عقدية، وإنما يرجع إلى (طبيعة الالتزام) فالالتزام قد يكون التزاماً بتحقيق غاية (التزاماً بتحقيق نتيجة) وقد يكون التزاماً ببذل عناية (التزاماً بوسيلة)، ففي الالتزام بتحقيق غاية يتعهد المدين بتحقيق نتيجة معينة ومحددة، كالطبيب الذي يرتبط بالعناية بمريضه ومعالجته، فإنه لا يتعهد بشفائه من دائه أو علته. فإذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة معينة ومحددة، فبمجرد تخلف هذه النتيجة العينة والمحددة يتحقق خطأ المدين، وليس على الدائن إلا إقامة الدليل على وجود الالتزام، وعدم قيام

---

(1) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص27.

(2) حسين عامر، وعبدالرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، المرجع السابق، ف43، ص28.

(3) أشار إليه حسين عامر وعبدالرحمن عامر، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص28.

(4) أشار إليه حسين عامر وعبدالرحيم عامر، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص28.

المدين بتنفيذه، أو أن النتيجة التي تعهد بتحقيقها المدين قد تخلفت ولم تتحقق، ولا يمكن للمدين أن يفلت من المسؤولية، إلا إذا برهن على أن الغاية أو النتيجة التي توخاها الدائن من العقد لم تتحقق نتيجة سبب أجنبي[1].

أما إذا كان الالتزام ببذل عناية، فإنه يتعين على الدائن أن يبرهن على خطأ المدين، لأن الدائن في الالتزام بوسيلة هو المدعي، والقاعدة العامة في الإثبات أن على المدعي إقامة الدليل على ما يدعيه[2].

وهكذا يتغير عبء الإثبات بحسب طبيعة الالتزام ويكون هذا التغير شاملاً لنوعية المسؤولية إن كانت عقدية أو تقصيرية على أنه يلاحظ أن الخطأ هو أمر شخصي لا يمكن إثباته مباشرة وإنما يفهم من الوقائع المتجسدة والظروف الحيطة بكل قضية فهو استنتاجي في كلا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية[3]. أما التمييز بينهما فهو أن العناصر التي تتضافر على تكوين الخطأ في المسؤولية التعاقدية قد يتيسر تحديدها وتعيينها أكثر مما هو عليه الحال في المسؤولية التقصيرية، وذلك لأن الخطأ في المسؤولية العقدية معياره مادي ومؤداه الإخلال بالالتزام السابق، ولا يكلف الدائن إلا بإبراز العقد الذي انتظم الالتزام ليبرز الخطأ، وأن عبء الإثبات الذي يلقى على كاهل المدين في نفي الخطأ المنسوب له لا يعود إلى افتراض الخطأ من جانبه، بل يرجع إلى أن الخطأ قد نجم من مضمون التزامه، أما في المسؤولية التقصيرية فإن العناصر التي تتعاضد على تكوين الخطأ لا يسهل تحديدها وتعيينها، بل تكون خطوط هذا الخطأ مبهمة وأسانيده غير محدودة، لذلك يفرض على الدائن مدعي الخطأ أن يقيم الدليل على تعيينه واقتراف المدين له ولكن هذا لا يعني أن الدائن في المسؤولية التعاقدية، يكتفي بإبراز العقد فقط وفي جميع الحالات ليظهر خطأ المدين، بل يتعين عليه في حالة انطواء العقد على بعض الالتزامات غير الواضحة، وكذلك في حالة ما إذا كان الالتزام بشأن وسائل تعهد بها المدين، أن يبرهن على وجود الخطأ وماهيته، إذاً كما يدور النزاع حول مضمون الالتزام فإنه كذلك يدور في بعض الأحيان حول قيامه، ويرجع وضع عبء الإثبات إلى طبيعة الالتزام كونه بتحقيق نتيجة أو بوسيلة[4] فإذا كان محل الالتزام بتحقيق غاية يتعين على الدائن إقامة الدليل على عدم تحقق هذه الغاية التي يهدف إليها ويثبت عدم تنفيذ المدين لالتزامه وعلى الدائن أن

---

(1) أستاذنا د. حسن علي الذنون، مذكرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف12، ص9، نفس المعنى حسين عامر وعبدالرحيم عامر، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف45، ص27، وف434، ص330.

(2) المادة 7 من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979.

(3) حسين عامر وعبدالرحيم عامر، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف47، ص29.

(4) حسين عامر وعبدالرحيم عامر، المسؤولية المدنية، المرجع السابق،ف47، ص30، ف433، ص329.

يثبت عدم تنفيذ الالتزام كواقعة مادية إذ ليس عليه أن يثبت خطأ المدين. فعلى المدين الذي يطالب الطبيب بتعويض عن إخلاله بالتزامه بسلامته، أن يثبت أن إصابته أو أن الضرر الذي لحق به كان في أثناء معالجته، ولكن قد يتعذر على المريض بل يستحيل عليه إذا كان محل التزام الطبيب إعطاء شيء أو تقديم عمل، أن يقيم الدليل على عدم تنفيذه لالتزامه فالوقائع السلبية غير المحددة يستحيل البرهنة عليها[1].

أما بالنسبة للطبيب (المدين) فإنه من اليسير والسهل عليه إقامة الدليل على تنفيذه لالتزامه، لذلك فإن المريض (الدائن) لا يكلف إلا بإثبات وجود الالتزام بأن يبرهن على وجود العقد الذي رتبه وبالتالي يقع على الطبيب (المدين) إقامة الدليل على براءة ذمته من هذا الالتزام سواء بتنفيذه أو أن عدم تنفيذه لالتزامه كان نتيجة سبب أجنبي لا يد له فيه، وعلى ذلك تم إلقاء عبء الإثبات على كاهل أقدر المتداعيين على تقديمه وينبني على ذلك أنه متى أقام الدائن الدليل على وجود الالتزام، يفترض عدم تنفيذه وإن كان هذا الافتراض لا يقوم على فكرة قرب الاحتمال التي تبنى عليها القرينة القانونية، بل يبدو أن القاضي، في مثل هذا الوضع يعتبر عدم إدلاء المدين بأي دليل ينفي ادعاء الدائن قرينة قضائية على عدم تنفيذ المدين لالتزامه[2].

ولكن تخلف النتيجة، محل الالتزام التي تعهد المدين بتحقيقه، لا تجعله مخطئاً إلا إذا كان تخلفها يعود إلى تقصيره، فهل هذا يعني أن الدائن مكلف بإقامة الدليل على هذا التقصير، أم أن المدين مكلف بنفي تقصيره؟ إن عدم تنفيذ الالتزام أو تخلف المتعهد عن تحقيقه، سببه تقصير المدين، افتراضاً لما يحدث في أغلب الأحيان هذا من جهة ومن جهة أخرى تحميل عبء الإثبات على كاهل أقدر المتقاضين على تقديمه، لأن المدين بإمكانه تنفيذ التزامه، أو الوفاء بتعهده لأنه أدرى وأعرف، بمعوقات ومعرقلات عدم تنفيذ التزامه، ومسببات تخلف الوفاء بتعهده، والسبب في ذلك هو أن الأمر يتعلق بنشاطه وعمله، وبالتالي يتعين على المدين لكي ينفض المسؤولية عنه ولكي لا يتعرض للحساب المدني أن يبرهن على أن عدم الوفاء بتعهده أو تخلف تنفيذه لالتزامه كان نتيجة واقعة أو وقائع معينة ومحددة تعد سبباً أجنبياً لا دخل لإرادته فيه، ولا يسعف المدين الاكتفاء بنفي الخطأ فقط، وبأن يقيم الدليل على أنه أدى الواجب المكلف به، وقام بالأعمال التي تقضي حسب مجريات الأمور العادية إلى الغاية أو النتيجة محل التزامه، متخذاً وسائل الحيطة الواجب اتخاذها لمنع إخفاقه، بل يتحتم عليه أن يثبت أن

---

(1) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ف98 ص171، وف277، ص584 وما بعدها.

(2) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص30.

واقعة أو وقائع معينة ومحددة هي التي أدت إلى إخفاقه في عدم تحقيق النتيجة وبعبارة أدق عليه أن يثبت السبب الأجنبي فإذا ظل سبب فشله في عدم تحقيق النتيجة المطلوبة التي تعهد بتحقيقها مجهولاً، أو لا يعلمه المدين كموت المريض الذي أجريت له عملية نقل الدم دون أن يعرف الطبيب كيف مات المريض؟ أو شلت أصابع المريض الخمسة، الذي دخل المستشفى لإجراء جراحة لإصبع واحد كان مشلولاً،دون أن يعرف الجراح سبب شلل الأصابع الأربعة الأخرى، أو أنه لا يعرف شيئاً عن ظروف شللها، في مثل هذه الحالات الأخيرة تبقى مسؤولية الطبيب والجراح قائمة تبعاً لإخفاق الطبيب (المدين) عن نفي قرينة الخطأ المقامة ضده، وعليه يكون السبيل الوحيد، لنفي خطئه، إقامة البرهان على وجود السبب الأجنبي. وتأسيساً على ما تقدم، فمتى أقام الدائن الدليل على وجود الالتزام نهضت ضد المدين، قرينتان قضائيتان الأولى تقام ضد المدين لعدم تنفيذه لالتزامه، ويمكن نفيها بإقامة الدليل على الوفاء بتعهده والقرينة الثانية تقام ضده على خطأه، ولا يمكن نفيها إلا بإقامة البرهان على وجود السبب الأجنبي الذي لا ينسب إليه[1].

أما إذا كان محل الالتزام امتناعاً عن عمل أو كان تنفيذ الالتزام مشوباً بالعيوب تحتم على الدائن إقامة الدليل على أن المدين أخل بالتزامه، وذلك بأن يبرهن على حدوث الفعل الذي تعهد بالامتناع عن وقوعه، أو إثبات العيوب التي تعتري تنفيذ المدين لالتزامه، وبذلك يقع عبء الإثبات على كاهل أقدر المتداعيين على تقديمه، في حالة كون محل الالتزام امتناعاً عن عمل، وافتراضاً لما يقع في أغلب الأحيان في حالة كون تنفيذ الالتزام مشوباً بالعيوب، لأن ما يحدث في أغلب الأحيان هو صحة تنفيذ المدين لالتزامه على الشكل الذي لا تعتريه عيوب.

أما إذا كان محل الالتزام بوسيلة كالتزام الطبيب بعلاج مريض ولا يعد عدم تحقيق الغاية التي يهدف إليها المريض وهي شفاؤه من الداء الذي أصابه، إخلالاً من الطبيب بالتزامه، فإن محل التزام الطبيب هنا ليس تحقيق تلك الغاية التي يرمي إليها وهي إبراؤه من العلل، بل بذل الجهد والمساعي (العناية) المطلوبة للوصول إلى هذه الغاية المرجوة وهنا السؤال واجب الطرح هل يتعين على الطبيب المدين أن يبرهن على أنه بذل العناية المطلوبة لكي يفلت من المسؤولية أم ينبغي أن يكلف المريض الدائن بأن يثبت خطأ أو إهمال الطبيب لكي تنهض مسؤوليته؟ تذهب أغلبية الفقه إلى أنه يقع على كاهل المريض أن يثبت واقعة أو وقائع معينة تعتبر قصوراً من المدين الطبيب عن بذل العناية المطلوب القيام بها، ولا يمكن تكليف المدين بأن يبرهن على أنه بذل ما ينبغي

(1) د. محمود جمال الدين زكي،مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص31.

عليه من عناية لأن تكليف المدين بذلك الإثبات يستوجب منه إثباتاً يقضيه بصفة دائمة ومستمرة، وهذا غير ميسور له في أغلب الأحيان. ولذلك ينبغي تكليف الدائن بعبء الإثبات وينبغي وضع عبء الإثبات على كاهل الدائن، على افتراض ما يحدث في أغلب الأحيان وهو صحة تنفيذ المدين لالتزامه على الوجه المطلوب وعلى تحميل عبء الإثبات على كاهل أقدر المتنازعين على تقديمه.

ولما كان إثبات الخطأ المدني يتحدد بالشكل السالف الذكر، ولا يتوقف على طبيعة المسؤولية المتمخضة عن الإخلال بل يتوقف وفقاً لطبيعة محل الالتزام، فإن قواعد إثبات الخطأ العقدي تنطبق على إثبات الخطأ التقصيري، فكما أن المريض الذي يرفع دعواه على الطبيب يطالبه فيها، بمقتضى عقد العلاج الطبي بتعويض عن تطور مرضه واستفحال دائه، يكلف بأن يبرهن على خطأ الطبيب بأن يثبت واقعة أو وقائع معينة محددة، تعد قصوراً في بذل العناية المطلوبة من الطبيب، في علاج هذا السقيم، فعليه أن يقيم الدليل على خطأ المدعى عليه بأن يثبت واقعة، أو وقائع معينة ومحددة تعد انحرافاً في السلوك المعتاد، لأن المادة 1382 مدني فرنسي تفرض على كل شخص في المجتمع عدم الانحراف عن السلوك المعتاد فيه، وتضع على كاهله واجباً عاماً أي (التزاماً) محله ليس عدم الإضرار بالناس فحسب بل تضع على عاتقه قدراً معيناً من بذل العناية، من شأن هذه العناية أن تجنب الإضرار بهم. وكما أن المريض الذي يرفع دعواه على الطبيب مطالباً إياه بالتعويض لإخلاله بالتزامه بسلامته يكفيه إقامة الدليل على إصابته أو ضرره الذي حاق به أثناء عملية العلاج لأن محل هذا الالتزام (الالتزام بالسلامة) هو سلامة المريض أثناء رقوده في المستشفى، وليس مجرد بذل مجهود مكثف (بذل عناية) في علاجه فكذلك المضرور الذي يستند في دعوى التعويض على المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي، يكفيه بأن يقيم الدليل على أن الضرر الذي لحقه بفعل الشيء لأن محل التزام من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها، هو تحقيق غاية في منع الشيء الذي في حراسته من إحداث الضرر والعناية في مراقبة تلك الأشياء بغية منعه من إحداثه، ولذلك فإن الإخلال بالتزام حارس الشيء يتحقق إيقاعه، بمجرد وقوع الضرر ولذلك لا يمكن للطبيب الملتزم بالسلامة الإفلات من المسؤولية العقدية أو لحارس الأشياء أن ينفض المسؤولية التقصيرية عن كاهله، إلا في حالة إثبات أن حدوث الضرر كان نتيجة سبب أجنبي لا دخل لإرادته فيه ولا يمكن دفعه أو توقعه[1].

(1) د.محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ف242، ص472 وما بعدها.

الفرع الثاني: إثبات الخطأ المدني في نطاق القانونين المصري والعراقي

إن الخلاف الذي ثار والجدل الذي احتدم، في الفقه الفرنسي حول تحديد نطاق المادة 1315 ف1 من القانون المدني الفرنسي، وهل تقتصر على حالة المطالبة بتنفيذ الالتزام، أم تتعدى وتشمل حالة المطالبة بالتعويض عن عدم تنفيذ هذا الالتزام، لا يمكن أن يبرز في نطاق القانونين المصري والعراقي لأن المادة الأولى من قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 968، المقابلة للمادة 7 من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979[1] تشملان حالة المطالبة بالتعويض عن عدم تنفيذ الالتزام[2] ولذلك يمكن القول بأنه في الالتزام بتحقيق غاية يكتفى من الدائن بأن يقيم الدليل على وجود قيام الالتزام، ثم يكلف المدين بإقامة الدليل على تنفيذ هذا الالتزام. أما إذا كان الالتزام التزاماً ببذل عناية وادعى الدائن أن المدين لم يبذل المجهود أو المساعي المكثفة (لم يبذل القدر المطلوب من العناية) فيكلف المدين أن يقيم الدليل على أنه بذل العناية المطلوبة منه[3] كما يذهب البعض في الفقه الفرنسي[4].

أما الفقهاء المصريون فيقصرون حكم النص خلافاً لظاهر معناه على حالة المطالبة بتنفيذ الالتزام تأثراً منهم بالرأي الراجح في الفقه - كما رأينا سابقاً.

أما في إثبات الخطأ العقدي فإن الأمر يختلف فالدائن يطالب بالتعويض لعدم تنفيذ الالتزام، ولا يطالب المدين بتنفيذ الالتزام عيناً، وبسبب ذلك فالدائن هو الذي يدعي أن المدين لم ينفذ التزامه، وبسبب ذلك يطالبه بالتعويض ولذلك يقع عليه عبء إقامة الدليل على أن المدين لم ينفذ التزامه، ويميز الفقه المصري على غرار الفقه الفرنسي بين الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية، حيث ينبغي في إطار الالتزام الأول على الدائن أن يبرهن على عدم تحقق النتيجة ويتعين عليه في نطاق الالتزام الثاني أن يقيم الدليل على أن المدين لم يبذل القدر المطلوب من العناية[5].

---

(1) تنص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري على أنه: ((على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه)) وتنص المادة 7 من قانون الإثبات العراقي على أن: ((أولاً البينة على من ادعى واليمين على من أنكر. ثانياً المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل)).

(2) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ف184، ص343 - 346. نفس المعنى د. إسماعيل غانم، أحكام الالتزام والإثبات، المرجع السابق، ف26 ص43 - 45.

(3) د. سليمان مرقس، الوجيز في نظرية الالتزام، 1961، ص260.

(4) مازو، المسؤولية المدنية، ط2، ج1، ف694 أشار إليه د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف7، ص35 هامش رقم 6.

(5) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، ج1، الأدلة المطلقة القاهرة 1981، ف27 ص93. د. السنهوري، الوسيط، ج1 مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف429 ص659 - 661. د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف7، ص36. د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف285 ص251 - 253.

وينتقد الفقه المصري الحلول التي انتهى إليها الفقه الفرنسي، على أساس أنها لا تركن إلى المبادئ العامة في الإثبات وإن حاول الفقه ردّها إلى أفكار ذات أثر في إسباغ بعض المرونة عليها في تطبيقه، ولذلك يقول الدكتور حلمي بهجت بدوي في هذا الخصوص)) إن توزيع عبء الإثبات يتوقف على طبيعة الوقائع المراد إثباتها وهي مسألة وقائع تترك لتقدير محكمة الموضوع ولا يجب تقييدها بقاعدة قانونية تفرض حلولاً ثابتة)) [(1)].

بيد أن الرأي الراجح، هو أن تحديد من يقع عليه عبء الإثبات من المتقاضين يخضع لمبدأ أساسي هو أن عبء الإثبات يقع على كاهل الخصم الذي يدعي خلاف الأصل، وهو الوضع العادي أو المألوف، والذي يعتبر بقاء الوضع القائم، أو المكتسب أحد تطبيقاته (والوضع المكتسب هو الوضع الذي أقيم الدليل فعلاً عليه) [(2)] فالمادة الأولى من قانون الإثبات المصري والمادة السابعة من قانون الإثبات العراقي ما هما إلا تطبيق للوضع العادي أو المألوف، ذلك أن الأصل براءة الذمة وبذلك يحمل الدائن الذي يدعى خلاف هذا الأصل بعبء الإثبات بأن يقيم الدليل على وجود الالتزام في ذمة المدين، فالمبدأ هو أن البينة على من ادعى خلاف الظاهر في الوضع الثابت يحترم، فعلى من يدعي التزام غيره، ويتمسك بذلك بما يخالف هذا الأصل أن يقيم الدليل على دعواه[(3)]. والمقصود هنا (بالبينة) الإثبات الذي يتطلبه القانون، والمراد (بمن ادعى) ليس من رفع الدعوى، كما يتبادر إلى الذهن لأول وهلة، ولا الدائن فقط، كما قد يستفاد من نص القانون بل كل خصم يدعي على خصمه أمراً لا فرق في ذلك بين مدعٍ ومدعى عليه[(4)] وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: ((صاحب الدفع هو المكلف بإثبات دفعه، كما المدعي هو المكلف بإثبات دعواه وأن الحكم الذي يلقى عبء الإثبات على الخصم غير المكلف هو به قانوناً يكون مخالفاً القانون ويتعين نقضه))[(5)] مؤدى القول

=

د. سليمان مرقس، نظرية العقد، القاهرة 1956، ف281، ص351ـ 253. د. أحمد حشمة أبو ستيت، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف257، ص329ـ 330.

(1) د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، في نظرية العقد، المرجع السابق، ف315، ص449، وف321، ص455.

(2) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف7، ص37، د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام والإثبات، المرجع السابق، ف27، ص45 ـ 50.

(3) مجموعة الأعمال التحضيرية، القانون المدني السوري ج3، ص350.

(4) د. السنهوري، الوسيط ج2 الإثبات آثار الالتزام، المرجع السابق، ف47، ص68 ـ 69 نفس المعنى د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، المرجع السابق، ف26 ص84، حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج1، بغداد 1977، ص42.

(5) نقض مدني مصري في 8 أيار (مايو) 1973 أشار إليه د. سليمان مرقس في مؤلفه أصول الإثبات، المرجع السابق، ص85 هامش رقم 10.

إن البينة على من ادعى، أن المدعى عليه إذا أنكر الدعوى لا يكلف بإثبات شيء طالما أن المدعي لم يقم الدليل عن ما يدعيه ولكن المنكر لا يعفى من الإثبات، إلا إذا كان إنكاره مجرداً فلا يجيب على الدعوى بغير الإنكار، أما إذا أقر بالدعوى في أحد عناصرها المدعاة وأدعى من جانبه خلاف الظاهر فيها، فإن عليه إقامة الدليل على ما يخالف هذا والأصل كذلك بقاء الوضع القائم والمكتسب فيكلف المدين بإقامة الدليل، إذا ادعى خلاف هذا الأصل، بأن يبرهن على براءة ذمته[1] ولكن ليس على المكلف بالإثبات أن يبرهن برهاناً كاملاً على ادعائه وذلك بإقامة الدليل على جميع الوقائع التي يفترض هذا الادعاء وجودها، وإلا تعذر على صاحب الحق، في أغلب الحالات أن يقيم الدليل على وجود حقه، فالقضاء لا يطالب المتقاضي الذي يؤسس دعواه على عقد، أن يبرهن على جميع أركان هذا العقد، بقيام كل التزام فيه على محل قابل للتعامل فيه، وارتكانه إلى سبب قائم ومشروع، وكذلك وجود جميع شروط صحته، بعدم انطواء رضاء خصمه على عيوب الإرادة من إكراه، أو غلط، أو تدليس (التغرير مع الغبن) أو استغلال تفضي إلى فساده، بل يكتفي من المدعي بأن يبرهن على العناصر الأساسية لادعائه، بأن يقدم من الأدلة ما يكفي لإقناع المحكمة برجحان صحته وفقاً لما يعرف لدى الفقهاء بمبدأ الاحتمال الكافي[2]، وهذه الوسيلة من وسائل القضاء هدفها التخفيف عن كاهل المدعي لأن قاعدة البينة على من ادعى شديدة وثقيلة الوطأة على المدعي، فالواقع أن القضاء يستعمل سلطته في التخفيف من وطأة عبء الإثبات على المدعي، بل يذهب أحياناً إلى حد قلب هذا العبء وإلقائه على كاهل المدعى عليه، لكي لا يكتفي الأخير بأن يقف من الدعوى موقفاً سلبياً ينظر منه في اغتباط إلى المدعي وهو يرزح تحت هذا العبء وينوء بهذا العمل ويتخبط في محاولة النهوض به[3].

وفي هذا الشأن يقول الأستاذ الدكتور السنهوري ((إن من يحمل عبء الإثبات ليس مطالباً في واقع الأمر بإثبات كامل قاطع، ولا هو يكلف ـ على عكس ما ذهب إليه الأستاذان أوبرى ورو ـ[4] بإثبات كل عنصر من العناصر التي تتكون منها الواقعة

---

(1) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف7، ص37.

(2) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف7، ص37.

(3) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، ف30، ص103.

(4) يذهب أوبرى ورو إلى أن الخصم الذي يحمل عبء الإثبات يجب أن يثبت جميع العناصر الواقعية والقانونية للحق الذي يتمسك به أو الفائدة القانونية التي يدعيها ويقف عبء الإثبات عند هذا الحد فلا يلتزم الخصم بإثبات انعدام الأسباب أو الظروف التي كان وجودها يمنع من كسب الحق أو يؤدي إلى سقوط الفائدة القانونية. ولا يلتزم كذلك بان يثبت أن الحق لم يدخل عليه تعديل أو يلحق به قيد لمصلحة خصمه. أشار إليه د. السنهوري ج2 المرجع السابق، ص83 هامش رقم 1.

مصدر الحق المدعى به. وليست الحقيقة القضائية التي يتولى إثباتها بالحقيقة المطلقة التي لا يداخلها الشك. فالقانون لا يطلب المستحيل، وإنما يكتفي ممن يحمل عبء الإثبات أن يقنع بأن الأمر الذي يدعيه أمر مرجح الوقوع بحيث يكون من المعقول التسليم بوقوعه فعلاً، وينفي القاضي ما بقي من شك يحوم حول الأمر بأن ينقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر، ليثبت أنه بالرغم من الظواهر التي ترجح وقوع الأمر، توجد قرائن أخرى تجعل الراجح مرجوحاً. ثم يرد عبء الإثبات إلى الخصم الأول ليهدم هذه القرائن بقرائن أخرى تعيد للأمر كفة الرجحان وهكذا يتقاذف الخصمان الكرة كل منهما يدفعها إلى صاحبه إلى أن يعجز أحدهما عن ردها فتسقط من يده، ويسجل على نفسه الخسارة))[1].

وفي هذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية، إذ قالت: ((ولئن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاماً ببذل عناية خاصة أن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة، فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض، إلا إذا كان أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب - كما إذا أثبت أن الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضع الجرح والذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقاً للأصول الطبية المستقرة، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب وتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع والتي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال))[2].

وبناءً على ما تقدم، إذا كان محل الالتزام نتيجة إيجابية، كإعطاء أو عمل، فلا يكلف الدائن إلا بإثبات هذا الالتزام المتمخض من العقد الذي أبرمه مع مدينه، طبقاً للمادة الأولى من قانون الإثبات المصري أو المادة السابعة من قانون الإثبات العراقي ويقع على المدين لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يقيم الدليل على أنه قد قام بتنفيذ التزامه والوفاء بتعهده، أو إثبات أن عدم تنفيذه لالتزامه والوفاء بتعهده كانت نتيجة سبب أجنبي لا دخل لإرادته فيه ولا يمكن دفعه أو توقعه وإلا نهضت مسؤوليته. ولا يكلف الدائن بأن يبرهن على عدم تنفيذ المدين لالتزامه لأن وجود الالتزام في ذمة المدين وضع قائم لمصلحته ولا يدعي بمطالبته بالتعويض عن عدم تنفيذه أمراً يخالفه، وبذلك يكون على المدين أن يزيح أو يمحو - إن صح التعبير- الوضع القائم ضده، بأن

(1) الأستاذ الدكتور السنهوري، الوسيط، ج2 الإثبات آثار الالتزام، المرجع السابق، ف56، ص83 - 85.
(2) نقض مدني مصري في 26 حزيران (يونيو) 1969 مجموعة أحكام النقض 2 - 1075 - 177 اشار إليه د. سليمان مرقس في مؤلفه أصول الإثبات وإجراءاته، المرجع السابق، ف30، ص104.

يقيم الدليل على تنفيذه لالتزامه، بأن يبرهن على الوفاء بتعهده، وانقضاء التزامه. أما إذا كان محل الالتزام نتيجة سلبية، أو امتناعاً عن عمل، فإن المدين يعتبر منذ نشوء الالتزام قائماً بتنفيذه، موفياً بتعهده طالما ظل ممتنعاً عن العمل السلبي الذي التزم بالامتناع عنه فإذا ادعى الدائن مطالباً المدين بالتعويض مؤسساً دعواه على أن المدين أخل بالتزامه السلبي، وقام بالعمل الذي تعهد بالامتناع عنه فعلى الدائن أن يقيم الدليل على زوال الوضع القائم لمصلحة المدين وهو تنفيذه لالتزامه، بأن يثبت أن المدين لم يمتنع عن العمل الذي التزم بعدم إتيانه، بل قام به[1] لأن الدائن يدعي واقعة جديدة يرتبط بها تغيير الوضع السابق، إذن فعبء الإثبات في الالتزام بامتناع عن عمل يقع على عاتق الدائن وإن اختلف في التعليل[2].

يبدو لأول وهلة أن تكليف المدين بإثبات تنفيذه لالتزامه، غير منسجم مع القاعدة الواردة في المادة الأولى من قانون الإثبات المصري والمادة السابعة من قانون الإثبات العراقي. ولكن مع ذلك فإن هذا التكليف يرتكن إلى المبدأ العام، وهو تحميل عبء الإثبات على كاهل من يدعي خلاف الأصل أي الوضع القائم ويخضع وفقاً لهذه الرؤية عبء إثبات الخطأ في الالتزام بتحقيق غاية لمبدأ واحد، هو تحميل عبء الإثبات على جانب، من يدعي خلاف الوضع القائم، الذي يكون حسب طبيعة هذه النتيجة سواء أكانت إيجابية أم سلبية، فالمدين ينفي الخطأ، والدائن يبرهن عليه. ولكن لا يجوز تأسيس هذه الحلول، على استحالة إثبات النفي، وهو عدم تنفيذ الالتزام الإيجابي وتنفيذ الالتزام السلبي، لنقل عبء الإثبات إلى المتقاضي الآخر، ووضع عبء الإثبات على كاهل أقدر الخصوم عليه، لأن تكليف المدعي بإثبات ما يدعيه قاعدة مطلقة ولو كان يؤسس ادعاءه على واقعة سلبية غير محددة ولا يعفى من هذا الإثبات لمجرد صعوبته أو استحالته، ليلقي عبء الإثبات على منازعه، خلافاً لقواعد القانون وبعكسه يكون من الصعوبة بل من المتعذر على صاحب الحق كسب دعواه، ومن السهولة واليسير على غير ذي الحق كسب دعواه بالارتكان إلى ما يستحيل إثباته، فاستحالة الإثبات ذاتها لا تغير البتة صفة الخصوم، ولا تلقي على المدعى عليه الالتزام بالإثبات الذي نظراً لكونه أساس المطالبة، يقع على عاتق المدعي[3] فإذا أقام المدين الدليل على تنفيذه التزامه والوفاء بتعهده؛ أو أقر الدائن

(1) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف7 ص38.

(2) د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام ج2 أحكام الالتزام والإثبات، المرجع السابق، ف37، ص46.

(3) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف7 ص38، د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، المرجع السابق، ف26 ص87 حيث يقول: ((.. وليس لطبيعة الواقعة المراد إثباتها ولا لصعوبة إثباتها وتعذره أو عدمه أي أثر - من الناحية القانونية على الأقل - في تعيين من يقع عليه عبء الإثبات. فلا =

بحصول وفاء انقضى التزامه وكانت براءة ذمة المدين هي (الوضع القائم لمصلحته وليس عليه أخذاً (بمبدأ الاحتمال الكافي) أن يبرهن على صحة تنفيذه لالتزامه، في جميع جزئياته، ويقع على الدائن - إذا هو ادعى أن تنفيذ المدين لالتزامه كان معيباً أو أنه تأخر في تنفيذه لهذا الالتزام - أن يقيم الدليل على العيب أو التأخير، الذي يزعم حصوله ليمحو بذلك الوضع القائم ضده، وهو سلامة تنفيذ المدين لالتزاماته من هذا التأخير أو تلك العيوب.

ويتعين تطبيق ذات القواعد إذا كان محل الالتزام بذل عناية وليس تحقيق غاية فمتى أقام الدائن الدليل على وجود الالتزام وقيامه، طبقاً للمادة الأولى من قانون الإثبات المصري والمادة السابعة من قانون الإثبات العراقي، فيقع على المدين أن يبرهن على قيامه بالأعمال المتفق عليها، كزيارة المريض في المواعيد المحددة أو إجراء الجراحة في الوقت الملائم وبعكسه يعرض المدين للحساب، وتنهض مسؤوليته عن عدم تنفيذه لتعهداته ما لم يقم الدليل على وجود السبب الأجنبي، ويكفي المدين، أخذاً (بمبدأ الاحتمال الكافي) أن يبرهن على قيامه بالأعمال التي من شأنها تحقيق النتيجة المبتغاة وبذلك يكون قد أثبت تنفيذه لالتزامه فإذا ادعى الدائن، مطالباً بالتعويض مستنداً على تقصير المدين في بذله القدر الواجب من العناية المطلوبة في تنفيذه لالتزامه، وابتغى من وراء ادعائه هذا زوال الوضع القائم لمصلحة المدين كان عليه إقامة الدليل على ادعائه وذلك بأن يبرهن على وجود واقعة أو وقائع معينة ومحددة، تعد تقصيراً من المدين، في بذل القدر الواجب من العناية المطلوبة كإهمال الطبيب في العلاج أو خروجه على أصول المهنة في العملية الجراحية[1] ولكن لا يجوز الاستناد إلى سلبية الواقعة لنقل عبء إثبات هذا القصور إلى كاهل الدائن باعتبار أنه أقدر الخصوم على تقديمه، والسبب في ذلك هو أن إثبات تقصير المدين قد يكون عسيراً على الدائن كعسر وصعوبة إثبات نفي التقصير عن المدين[2] فالطبيب الذي يكلف بإجراء عملية جراحية، وأخفق في إجرائها، وادعى المريض (الدائن) أن الطبيب لم يقم بالعناية اللازمة بينما يدعي الطبيب أنه إنما قام بكل عناية يقتضيها فنه في الحالة المعروضة لا يسهل على

= فرق في ذلك بين الواقعة الإيجابية والواقعة السلبية ولو كانت هذه الأخيرة مطلقة أو لا يمكن إثباتها من طريق الإثبات بسبب أمر وجودي منافٍ لها فيقع عبء الإثبات قانوناً على من يدعي هذه الواقعة متى كانت مخالفة الظاهرة وترفض دعواه متى عجز عن إثباتها ولو كان عجزه عن استحالة إثباتها بسبب إطلاقها وعدم انضباطها)).

(1) الأستاذ الدكتور السنهوري، الوسيط ج1 مصادر الالتزام المرجع السابق، ف429 ص659 ـ 661. نفس المعنى د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف7 ص40. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، ج2 احكام الالتزام والإثبات، المرجع السابق، ف27 ص49. د. احمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف357، ص329 ـ 330.

(2) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف7 ص40.

المريض إثبات أن الجراح لم يقم بالتزامه، إلا إذا أثبت أن هناك عملاً معيناً يتطلب واجب العناية من الطبيب إجراءه ولم يفعل أو أن هناك عملاً أجراه، وكان واجب العناية يقتضيه الامتناع عنه.

ويخضع إثبات الخطأ التقصيري لنفس القواعد، فالمتضرر الذي يطالب بالتعويض من حارس الشيء بمقتضى المادة 178 مدني مصري والمادة 231 مدني عراقي يكلف بإثبات وقوع الضرر بفعل الشيء فقط والسبب في ذلك هو أن محل التزام حارس الأشياء غير الحية، نتيجة سلبية هي منع الشيء من إحداث الضرر، فيكون حارس الشيء منفذاً لالتزامه، طالما لم يقع ضرر، فإذا برهن المتضرر على حدوث الضرر بفعل الشيء فقد أزال بهذا البرهان، الوضع القائم ضده، دون حاجة إلى تقدير سلوك الحارس (المدين) فتنهض مسؤوليته ولا يمنعه دفعها إلا إذا برهن على أن وقوع الضرر كان نتيجة سبب أجنبي لا ينسب إليه أما إذا طالب المتضرر بالتعويض واستند إلى المادة 163 مدني مصري و202 مدني عراقي (المسؤولية عن الفعل الشخصي) فإنه أي الدائن يطالب في دعواه بتغيير الوضع القائم، وهو براءة ذمة المسؤول، ويتعين عليه استناداً للمادة (1) من قانون الإثبات المصري و7 من قانون الإثبات العراقي، أن يبرهن على وجود واقعة أو وقائع معينة ومحددة، تعد انحرافاً في سلوكه عن سلوك الشخص المعتاد فينبغي على المتضرر إقامة الدليل على الخطأ الذي اقترفه المسؤول، لأن الواجب العام الذي يطلق عليه (التزاماً) وتفرضه المادتان 163 مدني مصري و202 مدني عراقي، محله بذل عناية وليس تحقيق غاية[1].

ولكن بحث عبء الإثبات في إطار ركن الخطأ يتسم بأهمية عملية، فإذا كان من الميسور أن يبرهن المتضرر على حدوث الضرر، فإنه من غير السهل واليسير، بل من المتعذر أن يدلل المضرور، على أن المدعى عليه قد اقترف خطأ، مما حدا بالتشريعات في بعض الأحيان والقضاء في أحيان أخرى، إلى عدم تكليف الدائن المتضرر عبء الإثبات، فإذا كان في دائرة المسؤولية التقصيرية وفي إطار الخطأ الشخصي، يكلف الدائن الذي يطلب التعويض بعبء إقامة الدليل، على خطأ المدعى عليه (المدين) إعمالاً للقاعدة العامة بأن (البينة على من ادعى) بيد أن القانون في بعض الحالات يرغب في التخفيف، من وطأة عبء الإثبات ومن شدة تلك القاعدة كما هو الحال في مسؤولية الشخص عمّن هم تحت رقابته فتنهض المسؤولية على قرينة افتراض الخطأ ولكن هذه القرينة ليست قاطعة بل هي بسيطة يجوز إثبات عكسها[2] فتنهض المسؤولية على عاتق

(1) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف7، ص41.
(2) المواد 1384 مدني فرنسي و731 مدني مصري و218 مدني عراقي.

من تجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة في حاجة إلى الرقابة إلى أن يقوم الدليل على انعدامها، إما بنفي الخطأ عنه أو بإقامة الدليل على أن ما وقع كان لا بد واقعاً حتى لو قام بواجب الرقابة، أو قام بما ينبغي عليه من عناية وكذلك الحال في جميع حالات المسؤولية المدنية المفترضة كما في مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه ولكن في هذه المسؤولية الأخيرة، قرينة افتراض الخطأ ليست بسيطة، بل قاطعة لا تقبل إثبات العكس، ولكن لكي ينفض المدين المسؤولية عن كاهله، عليه أن ينفي رابطة السببية بإقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي[1] وكذلك الحال في مسؤولية حارس الأشياء[2] - كما رأينا سابقاً -.

أما (الظاهر) الذي تقصده المادة السابعة من قانون الإثبات، فهو ثلاثة أنواع: ظاهر أصلاً، وظاهر فرضاً، وظاهر عرضاً، أما الأول فهو ما كان ظاهراً بحسب أصله، أي حسب طبيعة الأشياء، وأما الثاني فهو ما ظهر بدليل أقيم عليه خلافاً للأصل، وأما الثالث فهو ما افترض المشرع ظهوره، أي ما يعتبر ظاهراً بناءً على قرينة قانونية، والقاعدة فيما يتعلق بعبء الإثبات أن: ((البينة على من ادعى خلاف الظاهر أصلاً أو عرضاً أو فرضاً[3] لأن المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل[4] وهذه الصفات تنتقل بين المتنازعين قضائياً بتغير هذا الأصل، وينتقل معها عبء الإثبات))[5] ويفهم ضمناً من نص القانون أنه إذا قام المدعي البينة على ما ادعى حكم له، وإلا رفضت دعواه. ويعتبر الأصل فيما يتعلق بالحقوق الشخصية براءة الذمة وعدم المديونية، وهذا هو الظاهر أصلاً فإذا ادعى شخص مدين على آخر، تعين عليه أن يبرهن على مديونية المدعى عليه، لأنه يدعي خلاف الظاهر أصلاً، فإن عجز عن هذا البرهان رفضت دعواه دون أن يكلف المدعى عليه بأن يقدم دليلاً، وإن تمكن المدعي من إقامة الدليل أضحى الظاهر عرضاً أي أن المدعى عليه مدين، فإما أن يقر بالدين، وإما أن يدعي انقضاءه بالوفاء أو بغيره، وعندئذ يكون المدعى عليه (مدعياً) خلاف الظاهر عرضاً، وينتقل إليه عبء الإثبات، فيما يتعلق بسبب انقضاء الدين، فإن أثبت الوفاء حكم لصالحه، برد دعوى منازعه، وإلا حكم عليه لصالح خصمه.

(1) المواد 174 مدني المصري و219 مدني عراقي.

(2) المواد 176 و177 و178 مدني مصري و221 إلى 232 مدني عراقي.

(3) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، المرجع السابق، ف26 ص86 نفس المعنى أستاذنا د. آدم وهيب النداوي، وشرح قانون الإثبات، ط1، المرجع السابق، ص63 و64.

(4) المادة السابعة ثانياً من قانون الإثبات العراقي.

(5) أستاذنا د. آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات، المرجع السابق، ص58.

وإذا كان الالتزام الذي أقام الدائن البرهان على نشوئه التزاماً بنتيجة يكتفى من الدائن بإثباته فقط، وينتقل إلى المدين عبء إثبات تحقيق تلك النتيجة، أما إذا كان التزاماً ببذل عناية، وادعى الدائن أن المدين لم يبذل القدر الواجب والمطلوب من العناية، فعليه أن يقيم الدليل على تقرير المدين ويكتفى بأن يثبت ما يرجح تقصير المدين حتى ينتقل إليه عبء إثبات أنه بذل عناية الشخص العادي في الوفاء بتعهده ـ كما رأينا سابقاً ـ.

أما القرينة القانونية فما هي إلا وسيلة يلجأ إليها المشرع ليفرض بها ثبوت أمر لم يقم عليه الدليل، وذلك عن طريق الاستنباط من أمر آخر ثابت. وفي أغلب الأحوال يلوذ المشرع بهذه الوسيلة، في حالات يبدو له منها، أن عبء إثبات حالة معينة يرتب عليها القانون أثراً خاصاً عبء يبلغ حداً كبيراً من الصعوبة، بحيث يتعذر على المدعي (الدائن) في حالات كثيرة أن يحمل هذا العبء الكبير، فيضطر المشرع إلى أن يفرض بنص القانون، ثبوت هذا الأمر بمجرد ثبوت بعض الظروف المعينة التي تعتبر كافية لاستنباطه منها، وينشئ المشرع بذلك قرينة قانونية، يمكن للمدعي أن يتمسك بها إذا وجد في الظروف التي نص عليها القانون، فيغنيه ذلك عن إقامة الدليل الذي يفرض على كاهله لولا وجود هذه القرينة، ويكلف فقط بأن يقيم الدليل على وجود الظروف أو الوقائع التي جعلها المشرع أساساً لاستنباط تلك القرينة منها، ومن هذا المنطلق، ووفقاً لتلك الرؤية يتبين أن القرينة القانونية، بحد ذاتها ليست دليلاً من الأدلة التي يبرهن بها المدعي على دعواه، بل هي قاعدة أو وسيلة يعفي بها المشرع المدعي في ظروف معينة ومحددة، من عبء الإثبات كله أو بعضه، بأن يعتبره مدعياً أمراً ظاهراً فرضاً، وبأن يضع على عاتق المدعى عليه عبء إثبات العكس باعتباره مدعياً خلال الظاهر فرضاً، أي أنه يضع على كاهل المدعى عليه تبعة مخاطر الإثبات. والأصل أن القرائن القانونية يجوز إثبات عكسها، وهي لذلك تسمى قرائن قانونية بسيطة أو غير قاطعة ولا يترتب عليها سوى تخفيف عبء الإثبات أو تجزئته بالسماح للمكلف به أصلاً بإبدال إثبات واقعة سهلة الإثبات أو تجزئته، بإثبات الواقعة الأصلية التي يرتب عليها القانون، في الأصل الأثر المتمسك به، فيفرض ثبوت هذه الواقعة الأخيرة ويعفي مدعيه من إثباتها مباشرة، ويضع على كاهل خصمه عبء نفيها أو عبء إثبات عكس القرينة القانونية المفترضة، بيد أن بعض القرائن، لا يجوز إثبات عكسها، وهي لذلك تسمى القرائن القانونية القاطعة أو غير البسيطة فتخول من تقررت لمصلحته تخفيفاً نهائياً من عبء

الإثبات الكبير الأثر في ترجيح كفته على كفة مخاصمه، خلافاً للقرائن القانونية البسيطة[1].

ولكن قاعدة البينة على من ادعى خلاف الظاهر أصلاً أو عرضاً أو فرضاً، ليست من النظام العام لذلك يجوز الاتفاق على مخالفتها، تفريعاً على جواز النزول عن الحقوق الخاصة، فيجوز في الاتفاق بين المتعاقدين أن يحمل المدعى عليه عبء الإثبات رغم أنه لا يقع عليه أصلاً هذا العبء وكذلك إذا كلفته المحكمة بالإثبات خلافاً لتلك القاعدة ولم يعترض فإن عدم اعتراضه يعتبر قبولاً بذلك[2].

وهذا الخلاف ما هو إلا نقاش وحوار في ميدان الإثبات النظري، أما في الميدان التطبيقي، فإن الذي يجري عملياً أمام القضاء وفي قاعة المرافعات، هو أن أطراف الدعوى، المتنازعين يعلنون كل ما لديهم من سائر البينات القانونية والقضائية، فالخصم لا يقف مكتوف الأيدي، ينتظر حتى يقوم المتقاضي الآخر ويتقدم بما عليه من عبء الإثبات. إذن الخلاف السابق أثره محدود من الناحية العملية، ففي الواقع يبدأ الدائن بإثبات الالتزام، ثم هو لا يقف مكتوف اليد بعد ذلك، ينتظر حتى يثبت المدين أنه نفذ الالتزام أو حتى يعجز عن هذا الإثبات بل هو يبادئ المدين مقدماً بما عنده من الأدلة على عدم تنفيذ الالتزام والمدين من جهته لا ينتظر حتى يفرغ الدائن من تقديم ما عنده من الأدلة بل يتقدم بأدلته هو أيضاً ليثبت أنه قام بتنفيذ الالتزام، وهكذا يتقدم كل من الدائن والمدين بأدلته، والقاضي يوازن ما بين أدلتهما، ويحكم لمن ترجح أدلته أدلة الآخر، فإن كان هو الدائن، حكم له بالتنفيذ العيني أو بالتعويض، بعد أن ثبت عنده أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه، وإن كان هو المدين، يرد دعوى الدائن بعد أن ثبت لديه أن المدين قد قام بالوفاء بتعهده أو بتنفيذ التزامه.

(1) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، المرجع السابق، ف28، ص97.

(2) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، المرجع السابق، ف26، ص90، وف31، ص106.

المبحث الثاني
صعوبات إثبات الخطأ الطبي

ينطوي هذا الموضوع على أهمية كبيرة لأن الدعوى تتوقف في أغلبية الحالات، على السؤال المطروح كيف يستطيع المريض أو ذووه إقامة الدليل على أن الطبيب المعالج أو الجراح قد قصر في بذل ما كان ينبغي عليه من عناية أو رعاية، فكيف يثبت المريض هذا الادعاء، وبعبارة أخرى على من يقع عبء إثبات الخطأ الطبي أعلى المريض أو ذويه (المدعي) أم على الطبيب المعالج (المدعى عليه)؟

الفرع الأول: الصعوبات في إثبات الخطأ والإهمال والتقصير

هناك صعوبات جمة تواجه المدعي في إثبات وجود خطأ أو إهمال أو تقصير في العناية الطبية، من ضمنها مسألة التأكد بشكل دقيق مما جرى أثناء المعالجة أو الجراحة وضمان شهادة خبير تقيم الدليل على النقص أو الضعف في العناية المطلوبة وكذلك مسألة إثبات العلاقة السببية بين المعالجة والجرح أو الإصابة أي بين الخطأ والضرر، والتخلص من أي تحيز من قبل القاضي لصالح الطبيب، وإن ذهبت الأمور إلى أبعد من ذلك فإن التخلص من تحيز محاكم الاستئناف أو التمييز لصالح الطبيب هو صعوبة مضاعفة.

ويلقي عبء إثبات الخطأ أو الإهمال الذي يؤدي إلى حدوث الإصابة وبالتالي الضرر على كاهل المدعي في حالة عدم توافر دليل مباشر أو متعلق بالحالة يسمح بالتوصل إلى الاستنتاج فيما يتعلق بكيفية وقوع الحادثة، فإن المدعى ربما يسعى طالباً المساعدة بتطبيق مبدأ (الحادثة تتكلم عن نفسها)[1] وهذا ينطبق عندما يكون الحدث ليس من النوع الذي يحدث عادة مع غياب الخطأ أو الإهمال بشكل أو بآخر، عندها ربما تصدر المحكمة حكماً قضائياً بوجود إهمال حتى لو لم يكن معروفاً شكل ذلك الإهمال، وإذا قدم المدعى عليه إيضاحاً معقولاً عن الكيفية التي ربما كان تتحدث فيها الحادثة وبدون إهمال أو بيّن أنه كان قد اتخذ في الحقيقة كل عناية ممكنة بالمريض، فإن المحكمة سوف لن تكون ملزمة بالاعتماد على هذا المبدأ (الحادثة تتكلم عن نفسها) ولكن بشكل عام، عبء الإثبات، في دعوى التقصير يقع على المدعي (المريض) أو ذويه وليس على الطبيب أن يثبت بأنه قد تصرف بالمهارة

(1) مبدأ رؤس إيبسا لوكيوتور (res ipsa Loquitur)
Charles J. Lewis, Medical Megligence, A Plaintiff's Guide, London, 1988, p.184.

والعناية اللازمتين، ولكن في بعض الأنواع من القضايا سوف تتجه المحكمة إلى أن طبيعة الحادثة موضوع الدعوى من النوع الذي يعفى فيه المدعي من إثبات وجود تقصير أو إهمال، ويكون عبء الإثبات على المدعى عليه ليثبت عدم وجود تقصير من جانبه وكمثال على تطبيق مبدأ (الحادثة تتكلم عن نفسها) قضية كاسيدي ووزارة الصحة البريطانية Gaasidy V. Ministry of Health حيث تتلخص وقائع الدعوى بأنه تم إجراء عملية جراحية للمدعي لوجود تقلص دائم في الإصبعين الثالث والرابع من يده اليسرى وبعد العملية تم تضميد اليد اليسرى للمريض وساعده بتجبيره وتم إبقاء الجبيرة لمدة أربعة عشر يوماً، اشتكى المريض خلال هذه الفترة، من ألم في يده، ولكن لم يتم اتخاذ أية إجراء غير إعطاء المريض مسكنات للألم، وعندما تم إزالة الضماد وجد بأن جميع الأصابع الأربعة في يد المريض معوقة الحركة وبأن اليد لم تعد مفيدة لأي غرض أي أنها أصبحت لا تؤدي وظيفتها. وقد نفت الصحة البريطانية وجود أي تقصير أو مسؤولية على الجراح الذي دخل المريض المستشفى تحت رعايته. وفي محكمة الدرجة الأولى صدر الحكم لصالح الوزارة على أساس أن المريض كان قد أخفق في إثبات التقصير من قِبَل الجراح أو أي عضو من أعضاء الكادر الطبي في المستشفى، استأنف المريض الدعوى فأصدرت محكمة الاستئناف حكماً يقضي بأن الإصابة سببها واضح هو نقص في العناية اللازمة في ذلك المستشفى فيكون المريض (المدعي) محقاً في دعواه، عليه فإنه يستحق التعويض[1].

بيد أن الأمر الشائع هو أنه من الصعوبة بمكان إثبات خطأ الطبيب أو إهماله وتقصيره، والسبب في ذلك هو أن إقامة الدليل على خطأ الطبيب بواسطة الشهود طريق مسدود في أغلب القضايا، إن لم يكن فيها جميعاً، بسبب عدم خبرة هؤلاء الشهود ومعرفتهم بالمسائل والفنون الطبيعية وذلك فإنه لا مندوحة إلا الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء أنفسهم، ذلك أن الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء هو الطريق الطبيعي لإثبات الخطأ الطبي[2] ولكن ليس بإمكان المدعي والقضاء العثور على خبير مستعد لاتهام زميل له وهذا ما يعرف بحالة أو مرض (ضمّ الصفوف) أي الموقف الجماعي مما يزيد وبدون شك من مصاعب المريض أو ذويه (المدعي) خاصة عندما يكون الاختصاص المعني ضيقاً لأن الممارسين يعرفون تقريباً بعضهم البعض لذلك فالتردد في اتهام زميل بأنه ارتكب خطأ هو الوضع الغالب والمعروف في ميدان إثبات الخطأ الطبي، فالعثور

(1) مبادئ تايلور وممارساته في القضاء الطبي، المرجع السابق، ص46.
(2) استاذنا الدكتور حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف588.

على خبير مناسب ليس من السهولة بمكان[1] وهكذا تقوم علاقات الأخوة والصداقة والزمالة بين الأطباء سداً منيعاً بين المريض (أو ذويه) وبين الحق الذي يطالب به (أو يطالبون به) فهل وقف الفقه والقضاء مكتوفي اليدين، وهما يريان مريضاً تعيساً تضيع حقوقه لعجزه عن إثبات خطأ الطبيب بالطريق الذي حدده القانون لذلك؟ هذا ما سنجيب عنه في السطور اللاحقة.

الفرع الثاني: الصعوبات في إثبات السببية

والعقبة الأخرى في إثبات الادعاء بالتعويض هو أنه حتى لو كنت تعرف أعمال الإهمال أو اللامبالاة في الواجب، التي تدعي بها فإنك بحاجة إلى القدرة على إثبات ليس النقص في العناية الواجبة فحسب بل عليك إثبات بأنها كانت السبب في لحوق الضرر بالمريض (أو بذويه) فليس هنا موجب لإقامة الدعوى ضد الإهمال دون توافر دليل على الخسارة أو الإصابة الناجمة عن الإهمال لكن دراسة أسباب الحالات الطبية معقدة وغامضة بشكل كبير يصعب فيها إثبات ما إذا كان تصرف معين أو إهمال معين قد سبب ضرراً للمدعي[2].

وتثار هذه الصعوبات في ميدان إثبات فرصة شفاء المريض أو بقائه على قيد الحياة فإعمالاً للقواعد العامة يقع عبء إقامة الدليل على وجود الفرصة الجدية الحقيقية على كاهل المدعي (المريض أو ذويه) بيد أن إقامة الدليل على وجود فرصة شفاء المريض في دائرة المسؤولية الطبية بصفة خاصة تثير بعض الصعوبات فلكي يتمكن المريض أو ورثته - فيما إذا لقي حتفه - أثر تدخل جراحي أو علاج طبي من إثبات فرصة شفاء المريض أو بقائه على قيد الحياة فإن ذلك يقتضي منه (أو منهم) إقامة الدليل على السبب الحقيقي لعدم شفائه أو لقضاء نحبه، وهذا أمر يدق عليه (أو عليهم) في أغلب الحالات. ففي حالة انتقال المريض إلى الدار الآخر، نتيجة عملية جراحية مثلاً، كيف يمكن لورثة هذا المريض البرهان والتدليل ما إذا كان هذا الطبيب الجراح يمكنه تفادي موت مورثهم باتباع أسلوب معين في الطب والجراحة، وبصفة خاصة إذا كانوا لا يعرفون السبب الحقيقي لوفاة مورثهم؟ ولعل تلك الصعوبة العملية هي التي دفعت محكمة النقض الفرنسية إلى إعفاء المريض أو ذويه (المدعي) من عبء هذا الإثبات في بعض أحكامها، فقد قضت هذه المحكمة بمسؤولية الطبيب المعالج والمولدة مساعدته عن موت المريضة التي كان يقوم بعلاجها، وذلك على الرغم

(1) جارلس، جي - لويس، الإهمال الطبي، المرجع السابق، 2، ص184.
(2) جارلس جي - لويس، الإهمال الطبي، المرجع السابق، ص185.

من أن الأسباب الحقيقية للوفاة ظلت غير معروفة على وجه التأكيد والتحديد، وقد جاء في حيثيات حكمها أن الطبيب المعالج قد وافق على إخراج المريضة من المستشفى رغم إصابتها بحمى شديدة وقبل إتمام علاجها. أما المولدة المساعدة فقد نسب إليها أنها لم تقدم إلى المريضة العناية المطلوبة والضرورية للحالة المرضية المتدنية التي كانت عليها هذه المريضة[1].

والصعوبة في إثبات الضرر الطبي يقع عبؤها على المريض حيث إنه ليس هناك قواعد خاصة بعبء أو مستوى الإثبات في القضايا المنطوية على الخطأ أو الإهمال المهني ولكنه بالضرورة سيكون من الأصعب إثبات الخطأ أو الإهمال، عندما تتعلق القضية (بالأنشطة المعقدة والمتقدمة للطبيب)[2].

وفي هذا الخصوص أي صعوبة إثبات الخطأ في النشاط الطبي المعقد، قال اللورد جيننغ في قضية هكس وكول Hucks V. Cole ((إن تهمة الخطأ ضد شخص محترف مسألة خطيرة لها أساس مختلف تماماً عن أساس التهمة بالإهمال ضد سائق سيارة فالنتائج أو العواقب أكثر خطورة فهي تؤثر في موقعه وسمعته المهنيتين، لذلك ينبغي على المدعي إثبات الخطأ أو الإهمال بشكل واضح وأكيد))[3].

وفي قضية اشكروفت والمؤسسة الصحية الإقليمية ميرسي (1983) أي آير 245 Ashcroft V. Mersey Regional Health Authority (1983) Aii ER 245 قال القاضي كيلنر براون جي .Kilner Brown J إن المسألة هي ما إذا كان قد تم التأكيد بأن الطبيب كان قد أخفق في إبداء العناية المطلوبة والمهارة الخاصة في ظروف تطلبت ممارستها، لم يقع على عاتق المدعي أي عبء إثبات، وكلما كان الشخص أكثر مهارة كلما كانت العناية المتوقعة منه أكثر وهذا المقياس يجب

(1) نقض مدني فرنسي في 15 مايس (مايو) 1971 مجلة الأسبوع القانوني، 1971، ع2 ف16859 إن مثل هذه الأحكام لم تدع أن الطبيب أو الجراح يقع على عاتقه التزام بتحقيق غاية هي شفاء المريض، بل ما زال يلتزم ببذل عناية لأن خطأ الطبيب قد ثبت فعلاً غير أن ما يثير التساؤل هنا هو كيفية تقرير تحقيق وجود علاقة السببية بين الوفاة وبين ترك العناية التي تسببت في تطور المرض والحمى التي أصابت المريضة بينما أن سبب الوفاة ظل مجهولاً.
إن القضاء عند تعويضه لفرصة شفاء المريض أو بقائه على قيد الحياة يقيم وزناً كبيراً لعنصر الاحتمال في تحقيق الفرصة الضائعة، فتتم المقابلة بين الفرص الحسنة والفرص السيئة وهذه المقابلة لا يمكن في الواقع إجراؤها إلا إذا تم تحديد المرض أو الخطر الذي كان المريض يتوقع ويأمل استبعاده من وراء التدخل الطبي ويتم كذلك تحديد إمكانية التدخل التي يملكها الطبيب أو الجراح في ظروف الزمان والمكان الموجود فيها فإذا ظل سبب الوفاة مجهولاً يكتنفه الغموض فلا ريب أن القضاء سيواجه صعوبات كبيرة جداً في تقدير وجود الفرصة ومدى قيمتها، لذلك لا يكفي إقامة الدليل على خطأ الطبيب المعالج ونقص العناية الطبية لقبول ضياع فرصة شفاء المريض أو بقائه على قيد الحياة، بل يتحتم تحديد ما إذا كانت هذه العناية أو تلك الأخطاء على علاقة سببية، ولو محتملة مع حالة المريض اللاحقة للعلاج.

(2) جارلس ـ جي ـ لويس، الإهمال الطبي، المرجع السابق، ص186.

(3) جارلس ـ جي ـ لويس، الإهمال الطبي، المرجع السابق، ص186.

تطبيقه بدون أي تفسير خاطئ في كلتا الحالتين وعلى المدعي إقناع المحكمة بأن التفسير الوحيد للإصابة والذي يمكن قبوله بشكل معقول هو التفسير الذي ينطوي على الإهمال، وإذا لم تتمكن المحكمة من الاختيار بين التعقيدات المختلفة للمعالجة وانطوى أحدها على الإهمال، عندها يكون المدعي قد وفر الإثبات لقضيته[1].

وفي قضية أخرى هي قضية كلارك ضد ماكلينان Clark V. Maclennan 1983 قال القاضي بين جي .Pain J إنه: عندما يكون هناك إخفاق أثناء الواجب العام في إبداء العناية والحيطة والحذر اللازمة لمنع وقوع الخطأ والإهمال، فإن عبء الإثبات ينتقل إلى المدعى عليه الدليل على أنه بذل كل ما في وسعه لتجنب وقوع الخطأ أو الإهمال، وأن الضرر لم يحدث بسبب الخطأ أو الإهمال وإنما بسبب لا يد له في وقوعه، ذلك أن التخلي عن الأسلوب الاعتيادي بعدم إجراء عملية معينة لحالة التبول الليلي خلال ثلاثة أشهر من الولادة وجد بأنه غير مبرر، ويشكل بذلك انتهاكاً لواجب إبداء العناية ويترتب على ذلك أن الحذر أو الإجراء الاحترازي كان مقصوداً منه منع تعطيل الإصلاح الذي أنجز في العملية وبذلك كان الأمر متروكاً للمدعى عليهم بأن يقنعوا المحكمة بأن الضرر لم ينجم عن انتهاك واجبهم تجاه المريض.

ولغرض الإثبات بأن الإصابة أو الضرر ناجم بفعل تصرف المدعى عليهم، يمكن للمدعي أن يستفيد من مبادئ معينة تتعلق بالبينة والرابطة بين الإهمال موضوع الدعوى والإصابة أو الضرر الحاصل. ولكن على الرغم من أنها تساعد المدعي في إثبات الصلة بين الإهمال والضرر الناتج عنه إلا أنها لا تؤثر في مبدأ عبء الإثبات فعليه أن يبين بأنه قد تضرر من خلال سلوك المدعى عليه ضرراً من النوع الذي يعترف به القانون)) [2].

لم يتوقف القضاء الإنكليزي عن (مبدأ القضية تتحدث عن نفسها) بل ذهب إلى الاستدلال على الإهمال في سياق الإصابة التي لحقت بالمريض.

فقد جاء في قضية حديثة هي قضية ساندرز والمؤسسة الصحية لغرب ليدز وربنسون في عام Saunders V. Leeds Western Helath Autherity and Robinson 1985 وتتلخص وقائع هذه القضية في توقف لقلب فتاة عمرها أربع سنوات لحوالي ثلاثين دقيقة خلال عملية تحت التخدير لعلاج الورك المشوه بالولادة. وقد قالت المدعية بأن ذلك لا يحدث عادة بدون نقص في العناية في ناحية ما، لكنهم قدموا إيضاحاً حول الكيفية التي كان يمكن أن تحدث بها الواقعة وقد رفض القاضي مان - جي .Mann. J إيضاحهم قائلاً: ((إن

(1) جارلس - جي - لويس، الإهمال الطبي، المرجع السابق، ص187.

(2) جارلس - جي - لويس، الإهمال الطبي، المرجع السابق، ص188.

اعتماد المدعية على مبدأ القضية تتحدث عن نفسها، يجعل من غير الضروري لها اقتراح سبب محدد لتوقف القلب، فالواضح من الأدلة المقدمة نيابة عنها بأن قلب طفل سليم لا يتوقف تحت تأثير المخدر إذا بذلت عناية صحيحة في العمليات التخديرية والجراحية))[1] إن هذا القرار انطلاقة جديدة ومساعدة للمدعين في استقراء المحكمة لاستدلال الإهمال من سياق الإصابة التي لحقت بالمريض.

وفي قضية أخرى هي قضية ماهون ضد أزيورن Mahon V. Osborne التي تم فيها مقاضاة الطبيب الجراح عندما ترك القطيلة[2] داخل جسم المريض وقد كانت أغلبية محاكم الاستئناف في هذه القضية لها ذات الرأي وهو أن مبدأ القضية تتحدث عن نفسها لا ينطبق في حالة عملية معقدة شارك فيها عدد من أعضاء الكادر الطبي ولكن من الواضح الآن أن الرأي الصحيح، هو الرأي المخالف الذي عبر عنه القاضي غودارد ل جي goddard L.J عندما قال: والعادة هي أنه لا تترك مواد ماصة ولا أدوات جراحية في جسم المريض لذلك فإنه إذا تركت مادة ماصة في جسم المريض يبدو من الواضح بأنه يجب استدعاء الجراح لتقديم إيضاح ويستدعى ليبين ليس بالضرورة، لماذا ترك المادة؟ ولكن بأنه قد أبدى العناية المطلوبة لمنع تركها هناك[3].

أما على صعيد القوانين اللاتينية، والقوانين التي تدور في فلكها وتنهل منها وتحذو حذوها، فإن تطبيق المبادئ العامة في القانون لا تفضي إلى صعوبة ولا تؤدي إلى إثارة الجدل والنقاش، فهناك مبدأ ثابت في القانون الروماني، يقول بأن الشخص الذي طالب بتنفيذ عقد عليه أن يقوم بإثباته، أما إذا اعتبرت مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية فإن عبء إثبات الخطأ يقع على عاتق المريض. وحيث إن أغلبية الفقه والقضاء استقرت على أن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية تعاقدية[4] وتأسيساً على ذلك، فإن المريض لا يلزم بأي شيء في ميدان الإثبات، ما عدا إقامة الدليل على وجود العقد، وإثبات حدوث الضرر الذي حاق به، ويكفي هذا لوجود قرينة الخطأ على كاهل الطبيب القائم بالعلاج أو الجراحة فالمشرع الفرنسي أقر هذا المبدأ في نص المادة 1147

(1) جارلس - جي - لويس، الإهمال الطبي، المرجع السابق، ص90.

(2) القطيلة: هي كتلة من مادة ماصة توضع حول طرف عود تستخدم لمسح موضع من الجسم بدواء ما أو لإزالة مادة من موضع ما.

(3) جارلس - جي - لويس، الإهمال الطبي، المرجع السابق، ص191.

(4) تكون مسؤولية الطبيب تقصيرية في بعض الحالات التي سبق أن أشرنا إليها.

من القانون المدني الفرنسي الذي قضى بأن: المدين بالتزام عقدي يسأل عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن عدم التنفيذ مرجعه سبب أجنبي لا يمكن أن ينسب إليه[1].

ولكن يثور هنا التساؤل الآتي هل إن من الصحيح أن مسؤولية الطبيب ـ إذا كانت مسؤولية تعاقدية ـ يترتب عليها وجود قرينة الخطأ على عاتق الطبيب؟ وهل إن القواعد العامة، تؤدي إلى وجود هذه القرينة على كاهل الطبيب الذي لا ينفذ التزامه العقدي؟

يلاحظ أن المادة 1147 من القانون المدني الفرنسي وما يقابلها في القانون المدني المصري والعراقي[2] لا يمكن تطبيقها على المسؤولية الطبية لأنها نصوص بعيدة كل البعد عن نطاق الخطأ الطبي، والسبب في ذلك هو أن الالتزام العقدي الذي يفرض على الطبيب، هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية وعلى المريض أن يقيم الدليل على أن الطبيب لم يبذل العناية المطلوبة هذا هو الوضع الغالب لكنه ليس بالحال العام المطلق، ففي بعض الحالات يكون التزام الطبيب التزاماً بنتيجة ـ كما ذكرنا سابقاً ـ وعندئذ يفترض خطأ الطبيب في حالة تخلف النتيجة المبتغاة من وراء التدخل الطبي، وهذه قرينة بسيطة، يمكن للطبيب أن يثبت عكسها، أي أن يقيم الدليل على أن عدم تنفيذه للعقد المبرم بينه وبين المريض مرجعه سبب أجنبي لا يمكن دفعه وليس بالإمكان توقعه، فهو سبب لا ينسب إليه. فالطبيب الذي لا يحقق الغاية التي وعد المريض بها، يكون قد أخل بالتزامه العقدي وبالتالي يقع على كاهله عبء إثبات سبب عدم تحقق هذه النتيجة التي التزم بتحقيقها لأنه هو وحده الذي يعرف المبررات والمسببات التي وقفت حائلاً بينه وبين تحقيق النتيجة المرجوة من وراء علاجه. فإذا لم يستطيع إقامة الدليل على أن الضرر الذي حل بالمريض كان سبباً أجنبي لا ينسب إليه ولا يمكن دفعه أو توقعه، فإنه يعتبر قد اقترف خطأ وبالتالي تنهض مسؤوليته، ويحكم عليه بالتعويض، لأنه لم يتمكن من إثبات عدم خطئه وبناءً عليه فإنه ليس على المريض، إلا إقامة البرهان على أن النتيجة التي التزم بها الطبيب لم تتحقق لكي تقوم مسؤولية الأخير والحكم عليه بالتعويض، ومن كل ما تقدم يستخلص أن تطبيق نصوص المواد (1147 مدني فرنسي و215 مدني مصري و216 مدني سوري و168 مدني عراقي) هو في حقل الالتزام بتحقيق غاية وليس في إطار الالتزام ببذل عناية. أما في نطاق الالتزام ببذل عناية فإن المواد التي تحكمه هي المواد (1137 مدني فرنسي و211

(1) سليمان مرقس في نظرية دفع المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، الجامعة المصرية، 1936 ص79، المواد 215 مدني مصري و168 مدني عراقي المقابلتين للنص الفرنسي.
(2) تلاحظ المادة 215 مدني مصري والمادة 168 مدني عراقي.

مدني مصري و169 مدني عراقي) فالقواعد العامة في حقل الالتزام ببذل عناية، تفرض على كاهل المريض أن يقيم الدليل على الخطأ الذي اقترفه الطبيب[1].

إذاً لا تؤثر طبيعة مسؤولية الطبيب عقدية أكانت أم تقصيرية، في تحديد من الذي يجب عليه أن يبرهن على عدم تنفيذ الالتزام المترتب على الطبيب، بقدر ما يؤثر في ذلك طبيعة التزام الطبيب، إذن تتوقف كيفية الإثبات في الميدان الطبي بوجه عام على تحديد مضمون الالتزام، وهل يعد التزاماً بتحقيق غاية معينة (نتيجة محددة) أم هو التزام ببذل عناية؟ فمتى كنا بصدد التزام ببذل عناية فإنه يقع على كاهل المريض عبء إثبات خطأ الطبيب المتجسد في التقصير أو الإهمال في بذل العناية المطلوبة سواء أكانت المسؤولية عقدية أم تقصيرية[2] والأساس في ذلك أن مضمون التزام الطبيب ببذل العناية المفروضة عليه لا يتغير سواء أكان يرتبط بالمريض بعلاقة عقدية أم بمقتضى القانون، لذلك يقع على كاهل المريض إقامة الدليل على التزام الطبيب بعلاجه أولاً، وإقامة البرهان على أن الطبيب لم ينفذ التزامه ببذل الجهد والمساعي (العناية المطلوبة) وذلك بأن يبرهن على خطئه المتجسد بتقصيره أو إهماله أو انحرافه عن الأصول الفنية الطبية الثابتة والمستقرة، وبوجه عام على المريض إقامة الدليل على انحراف الطبيب القائم بإجراء العلاج أو العملية الجراحية، عن السلوك المعتاد أو المألوف لطبيب وسط من نفس مستواه وجد في نفس ظروفه الخارجية[3] ولما كان الأصل أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية فإن هذا القول ينصرف أو يفضي إلى أنه لا يسعف المريض المتضرر أن يبرهن على وجود هذا الالتزام، ولحقوق الضرر به، أثناء تنفيذه فقط، بل يتعين عليه بالإضافة إلى ذلك، أن يقيم البرهان على أن عدم التنفيذ يشكل خطأ من جانب الطبيب القائم بإجراء العلاج الجراحية وعلى هذا الأساس فإن الخطأ المنسوب للطبيب في نطاق الالتزام ببذل عناية لا يمكن افتراضه لمجرد لحقوق الضرر بالمريض، بل هو خطأ يتعين إثباته، وبإمكان الطبيب أن ينفي هذا الخطأ، وينفض المسؤولية عن كاهله، وذلك بأن يبرهن أنه بذل في تنفيذ التزامه العناية المطلوبة. ومن هنا يتبين أن المريض مكلف، لكي يثبت خطأ طبيبه، أن يبرهن على أن

---

(1) د. السنهوري، الوسيط، ج1 ص664 هامش 1، د. سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص79 ما بعدها.

(2) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، المرجع السابق ف33، ص48 و49. د. محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص14. د. احمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ف38، ص64 د. شفيق الجراح، المسؤولية الطبية المدنية، المرجع السابق، حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص126.

(3) د. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ف28، ص65.

الطبيب قد اقترف إهمالاً معيناً، أو انحرافاً عن أصول المهنة، فإذا أقام الدليل على ذلك، كان هذا إثباتاً لخطأ طبيبه، وعلى المريض بعد ذلك أن يثبت الضرر وعلاقة السببية لكي يحصل على التعويض الملائم، ما لم يثبت الطبيب أن عدم تنفيذه لالتزامه وقعوده عن بذل العناية المطلوبة إنما يرجع إلى قوة قاهرة أو خطأ المريض المضرور، أو خطأ الغير، وبشكل عام إثبات السبب الأجنبي، فتنعدم علاقة السببية ولا تتحقق مسؤولية الطبيب[1].

وإذا كان إثبات الخطأ الطبي يتحدد على هذا الوجه، وفقاً لطبيعة الالتزام لا حسب نوع المسؤولية المتمخضة عن الإخلال بها فإن قواعد إثبات الخطأ العقدي تنطبق على إثبات الخطأ التقصيري وقد بيّنا سابقاً في الباب الأول أنه إذا كان الوضع الغالب أن مسؤولية الطبيب تجاه مريضه هي مسؤولية تعاقدية إلا أن هذا ليس بالحال الدائم، حيث تنهض المسؤولية التقصيرية للطبيب تجاه مريضه في بعض الحالات فكما أن المريض الذي تفاقم مرضه، واستفحلت علته، يطلب من الطبيب التعويض استناداً إلى العقد المبرم بينهما، عليه أن يبرهن على أن الطبيب المتعاقد معه اقترف خطأ، وذلك بإقامة الدليل على واقعة أو وقائع معينة ومحددة، تعد قصوراً في الجهد والمساعي المطلوبة منه في علاجه، فكذلك المريض المتضرر الذي يرفع دعواه على الطبيب مطالباً إياه بالتعويض استناداً لنص المادة (1382 مدني فرنسي المقابلة للمادة 163 مدني مصري والمادة 202 مدني عراقي) عليه أن يبرهن بأن الطبيب المدعى عليه اقترف خطأ، فعليه وعلى أي مريض أن يقيم الدليل على واقعة أو وقائع معينة ومحددة، تعد انحرافاً في سلوك الطبيب القائم بإجراء العلاج أو الجراحة، هذا هو الأصل العام[2] أما الاستثناء الوارد عليه، فإن التزام الطبيب قد يكون التزاماً محدداً ابتداءً بتحقيق نتيجة محددة ومعينة، هي ضمان سلامة المريض، كما رأينا في الباب الأول، فهناك بعض الحالات التي يسأل فيها الطبيب الذي أحدث الضرر، وكذلك الحال في العمليات الجراحية التي لا تستلزمها ضرورة علاجية عند المريض، كعمليات التجميل، وكذلك الأمر في العمليات العادية التي تقع على محل محدد تحديداً دقيقاً، كعمليات نقل الدم وتحليله، والأمصال، وتركيب الأجهزة الصناعية والأسنان، ففي مثل هذه الحالات وما شابهها يتجه القضاء إلى التشديد في مسؤولية الأطباء بحيث يلتزم الطبيب بضمان سلامة المريض، من كل ضرر لحقه، باستثناء الضرر الذي يمكن أن ينجم عن الطبيعة الاحتمالية للعلاج أو العملية الجراحية، ولذلك يؤاخذ الطبيب عن الضرر الذي لحق

(1) د. وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص86.

(2) د. وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص87.

بالمريض، دون حاجة إلى تكليف المريض بأن يقيم الدليل على خطأ هذا الطبيب[1] فمجرد لحوق الضرر بالمريض يكفي لقيام مسؤولية الطيب سواء أكان الخطأ ثابتاً من جانب الطبيب أم مفترضاً ولا يمكن للطبيب الإفلات من المسؤولية إلا في حالة إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي فنتفي بذلك رابطة السببية بين الخطأ الثابت أو المفترض من جانب الطبيب والضرر المدعى به ولا يسعف الطبيب لنفي خطئه الثابت أو المفترض، في دائرة الالتزام بتحقيق غاية أن يبرهن على أنه بذل العناية الواجبة والمطلوبة لتنفيذ التزامه[2].

لذلك فإن الالتزام بضمان سلامة المريض الذي أجري له علاج أو عملية جراحية في مستشفى عام ليس التزاماً بتحقيق غاية، بل هو التزام ببذل عناية، يتعين على المريض إثبات خطأ الطبيب الذي عالجه، وللطبيب أن ينفي الخطأ المنسوب له، وينفض المسؤولية عن كاهله، بأن يبرهن بأنه قام بما ينبغي عليه من الحيطة واليقظة، أو أن يثبت واقعة معينة تنفي عن سلوكه وصف الخطأ، كأن يقيم الدليل على حالة الضرورة التي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال[3].

ويستتبع إثبات الخطأ توافر علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الذي لحق المريض طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية التي تمسك بها القضاء الفرنسي[4].

فقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أن: التزام الطبيب ببذل العناية في سبيل شفاء المريض لا يحقق غاية هي الشفاء، وأن واجب الطبيب في بذل العناية مناطة بما يقدمه الطبيب يقظ من أوسط زملائه علماً ودراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة وبصرف النظر عن المسائل التي اختلف فيها أهل المهنة ومن ثم يعد انحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب خطأ موجباً لمسؤوليته عن الضرر الذي يرتبط بالخطأ ارتباط السبب بالمسبب، ولهذا تحصيل الحكم على خطأ الطبيب من أمره بنقل مريضة من المستشفى إلى آخر وهي على وشك الوفاة وقبل إحالتها إلى القسم المختص لفحصها واتخاذ ما يجب بشأنها مما أدى إلى التعجيل بوفاتها يعد مخالفاً للقانون، وأن وصف الفعل أو الترك بأنه خطأ

---

(1) د. محمد لبيب شنب، نظرة في مسؤولية الأطباء عن الأشياء التي في حراستهم، مجلة المحامي، الكويت، س5 الأعداد 7 ـ 9، ص34 وما بعدها، د. حمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص126 و127.

(2) د. السنهوري، الوسيط، ج1، 1864 ف429، ص741 د. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ف28، ص66.

(3) نقض مدني مصري في 26 حزيران (يونيو) 1969 أشار إليه د. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ص67، هامش 129.

(4) د. وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص88، قارن نقض مدني فرنسي، في 26 كانون ثاني (يناير) 1966، الأسبوع القانون، 1966، ص35.

يستوجب المسؤولية المدنية خاضع لرقابة المحكمة العليا في حين أن تقدير رابطة السببية بين الخطأ والضرر من عدمه موضوعي لا يخضع فيه قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض[1].

ولكن قاعدة (البينة على المدعي) تثقل كاهل المريض أو ذويه، إلى الحد الذي يتعذر عليه أن يبرهن على الخطأ الذي ارتكب من قبل الطبيب، الأمر الذي يجعل الطبيب بمنحى من المسؤولية وبالتالي يحرم المريض بسبب ذلك من حقه في التعويض، فالبرهان على خطأ الطبيب ليس هيناً بل كثيراً ما تكتنفه الصعوبات، إن لم يكن فيما يتعلق بإثبات الخطأ، فبالنسبة للبرهنة على علاقة السببية، وفوق ذلك فإن لموضوع الإثبات أهمية اجتماعية خاصة في ميدان المسؤولية حيث التسهيل والتيسير في وسائل إقامة الدليل والبرهنة على الفعل الضار من شأنه أن يحد من نشاط الإنسان ويقلص أفعاله ويحد من أخطائه بقدر ذلك التيسير. ومما زاد في وعورة الإثبات، في المسؤولية الطبية، انتشار استعمال الآلات الطبية المعقدة ودخولها الحقل الطبي لذلك يبدو من غير المستساغ بل يبدو مجحفاً منذ انتشار هذه الأجهزة الطبية المعقدة إبقاء قاعدة (البينة على المدعي) في كل الحالات على كاهل المريض، وقد بلغ الشعور بهذا الإجحاف أشده في فرنسا في العصر الحديث، وبرز واجب تأمين سلامة المرضى وواجب اتخاذ كل الاحتياطات الممكنة، ويلاحظ أن الإثبات في الحوادث الطبية لا يدور على أعمال قانونية، بل على أفعال مادية يجوز إقامة الدليل عليها بالطرق والوسائل كافة ولا سيما الخبرة الفنية وقرائن الأحوال أو القرائن الواقعية، ولإغفال القانون النص على قرائن قانونية، في حال أصبحت العدالة تأبى أن يترك فيها المريض ينوء تحت عبء الإثبات، مما يعجزه هذا العبء الثقيل عن إثبات خطأ الطبيب وبالتالي يضيع حقه، لذلك ذهب القضاء إلى الاسترشاد بقرائن الأحوال، فاعتبر أن بعض الحوادث تحمل في ذاتها برهان حصولها بخطأ الطبيب، كما إذا وقع الحادث بجهل كبير بأصل المهنة فلم يتحرج القضاء في اعتبار الضرر ناجماً عن تقصير في العناية لعدم كفاءة الطبيب[2] وكذلك اعتبر القضاء أن عقد العلاج الطبي يتضمن شرطاً ضمنياً يتعلق بتأمين سلامة المريض من كل أذى فاعتبر الطبيب مسؤولاً عن الضرر الذي يلحق المريض والذي ينجم بفعل الأجهزة والآلات الطبية الموضوعة تحت رعايته فهي مبدأ عام يقرر مسؤولية الطبيب، ويعفي المريض من عبء إثبات خطأ الطبيب، وهذه ـ كما أعتقد ـ هي نظرية تحتمل التبعية والواقع أن نظرية تحمل التبعة ليست نوعاً من أنواع المسؤولية بل هي صورة من

---

(1) نقض مصري في 18 تشرين الأول (اكتوبر) 1978 مجموعة احكام النقض س29، 1978، ص706.

(2) د. سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص33 وما بعدها.

صور توزيع المخاطر التي يتعرض لها الإنسان، فمن يغنم من شيء يلزمه أن يتحمل، ما ينجم عن هذا الشيء من غرم أو على الأقل الغرم الملازم لاستعمال الشيء لأن ما عدا ذلك من الأضرار يمكن إبقاؤه من غير تعويض، على كاهل من تصيبه.

وقد كان القضاء الفرنسي يفرق بين ما يقع من حوادث بسبب عيب في الشيء وما يقع بسبب خطأ المرء ويطبق القاعدة المقررة في المادة 1384 ف1 من القانون المدني الفرنسي على ما يقع من حوادث بسبب عيب في الشيء الذي يعتبر أن الضرر حصل بفعل الإنسان[1].

ولكن القضاء لم يستمر على هذا الاتجاه، بل خطا خطوة أخرى إلى الأمام فذهب إلى أنه لا يشترط في المسؤولية المقررة ضد حارس الشيء أن يكون في ذلك عيب ملازم لطبيعته، من شأنه إحداث الضرر؛ إذ إن المادة 1384 قد جعلت أساس هذه المسؤولية رعاية الشيء لا الشيء في ذاته، وأصبحت المسؤولية المقررة بموجب المادة 1384 ف1 مسؤولية شخصية تلزم حارس الشيء بصفته حارساً له، فهي تنجم عن التقصير في رعاية الشيء، لا عن مجرد وجوب عيب فيه ويدخل تحت حكم المادة 1384 ف1 مدني فرنسي المقابلة للمادة 231 مدني عراقي، جميع الأشياء الجامدة، منقولة كانت أم ثابتة، ويكفي في تطبيق حكمها خروج الشيء عن رعاية حارسه، وتسببه في حصول ضرر بغير حاجة إلى البحث عن وجود عيب في الشيء أو تقصير في صيانته[2].

وهكذا، عندما يقصر المشرع في واجبه، يضطر القضاء إلى سد النقص، ولذلك تكون مهمته شاقة تستدعي التأني والتدرج، ويحتاج من الفقه المعاضدة والتأييد.

ويلوح في الأفق أن القضاء عندما يحكم على حارس الشيء بالتعويض، يعتمد على قرائن الأحوال المتروك له أمر تقديرها، وهكذا استرعت نظر القضاء الفرنسي حالة ضحايا الحوادث الطبية، ولا سيما أن تطبيق القاعدة العامة (البينة على من ادعى) عليهم كان مجحفاً بهم كل الإجحاف، خصوصاً، بعدما أصبح يقوم بعملية إجراء العلاج أو الجراحة، فريق طبي من المتخصصين مستخدماً في ذلك أجهزة وآلات طبية معقدة وإلكترونية مما زاد في صعوبة الإثبات المطلوب من المريض، فاسترعت هذه الصعوبة وتلك الأجهزة نظر القضاء بأن يعمل على تخفيف هذا العبء الثقيل، فبدت بشائرها وظهرت آثارها الطيبة في التخفيف عن كاهل المريض، الطرف الضعيف في العملية العلاجية أو الجراحية، ففي حالة عدم قيام الدليل المباشر يكتفى بالدليل غير

(1) د. سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص37 وما بعدها.

(2) د. سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية، المرجع السابق، ص51 وما بعدها.

المباشر الذي ينبني على إحدى القرائن القانونية أو قرائن الأحوال، ويجب التمييز بين الدليل غير المباشر الذي يستنتج من قرائن الأحوال، وبين الدليل الذي يؤسس على قرينة قانونية. فبالنسبة للدليل غير المباشر إما أن يكون للواقعة أو الوقائع المعينة من الدلائل ما ينصرف إلى اقتناع القاضي بها اقتناعاً تاماً، وعندئذ يصبح لقرينة الحال ما للدليل أو البرهان المباشر من قوة لا تقبل إثبات العكس، وإما أن تكون دلالتها دون ذلك فتجعل القاضي يعتقد فقط أن المدعى عليه مقصر، وأن تقصيره هو السبب في إصابة المدعي ولحوق الضرر به وفي هذه الحالة لا يترتب على قرينة الحال سوء قلب عبء الإثبات بحيث يصار إلى أن المدعى عليه (وهنا هو الطبيب) هو الذي يقع على كاهله نفي الخطأ عن عاتقه ونفض المسؤولية عنه، أو إقامة الدليل على انقطاع السببية بين خطأه والضرر الذي لحق المريض[1] وهنا ينبغي الإشارة إلى أن الفرق شاسع من حيث الإثبات بين انتفاء الخطأ وبين السبب الأجنبي فإذا لم يكن الطبيب قد اقترف أي خطأ فإن عدم وفائه أو تنفيذه لالتزامه، إذا لم يكن ناجماً عن سبب أجنبي، فقد يكون نتيجة طبيعية لعلة أو سبب آخر بقي مجهولاً، وفي أي من الحالتين لا يمكن إدخال (سبب عدم الوفاء) في دائرة التقصير، لكي تترتب عليه المسؤولية كما لا يمكن إدخاله في إطار السبب الأجنبي لكي تدفع به المسؤولية وبناءً على ذلك فيكون هذان السببان منطقة وسطى بين دائرة انتفاء الخطأ ودائرة السبب الأجنبي، يقع عبء إثباتها على الطبيب أو على المريض بحسب ما إذا كان الطبيب يقبل منه أن يتخلص من المسؤولية بنفي الخطأ عن نفسه أو لا يقبل منه إلا إثبات السبب الأجنبي فإذا كان يسمح للطبيب أن ينفي الخطأ عن نفسه، فلا يسأل عن عدم الوفاء أو التنفيذ الناجم عن (فعله غير الخطأ) أو عن سبب مجهول ولكن يسأل عنه إذا عومل بمقتضى المادة (1147 مدني فرنسي المقابلة للمواد 215 مدني مصري و216 مدني سوري و168 مدني عراقي) وطولب بإثبات سبب أجنبي لا دخل لإرادته فيه.

بيد أنه يبدو في هذه الحالة أنه لم يثبت أي دليل على خطأ الطبيب بل إن هذا الخطأ لا يمكن القول بافتراضه، إذ إن الطبيب يسأل ولو لم يقع منه أي خطأ بل بدون أن يكون لفعله غير الخاطئ أي دخل في استحالة التنفيذ أو الوفاء، وذلك بمجرد عدم وفائه بالتزامه ما دام لا يقيم الدليل على أن سبباً أجنبياً لا دخل لإرادته فيه، هو الذي جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً. ومن هنا يظهر أن الخطأ أساس مسؤولية الطبيب العقدية، وأن مجرد عدم الوفاء أو عدم التنفيذ، يسمح له بأن يبرهن على عدم تقصيره،

---

(1) د. سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية، المرجع السابق، ص77 و78.

أي أنه قام بكل ما تفرضه عليه التزاماته ولكن متى أقام المريض الدليل على عدم وفاء الطبيب بالتزاماته، فلا يقبل منه الإفلات من المسؤولية، بنفي التقصير عن نفسه، ولكن يقبل منه فقط أن ينفض المسؤولية عن كاهله، بأن يبرهن على أن الضرر حصل بسبب أجنبي لا دخل لإرادته فيه.

وقد تضافر الفقه والقضاء في فرنسا على استنباط الوسائل والقرائن التي من شانها أن تخفف من شدة وطأة قاعدة (البينة على من ادعى) لتنظيم عبء الإثبات فتعددت الوسائل والقرائن المستنبطة والمتنوعة وفقاً للحاجة إليها وللظروف الملابسة لها.

وفي هذا الإطار يقول الأستاذ سافاتيه: ((إن قواعد الإثبات المقررة بالنسبة للمسؤولية الطبية لم تمنع المحاكم من اللجوء إلى (القرائن الواقعية) وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذه القرائن في قضايا مضاعفات العلاج بالأشعة الكهربائية بوجه خاص)) [1].

ومن هنا يتبين أن القضاء الفرنسي في كثير من أحكامه الحديثة أظهر تشدداً بشأن مسؤولية الطبيب حيث أخذ بفكرة الخطأ المفترض أي استخلاص الخطأ أو التقصير أو الإهمال من تحقق الضرر ولحوقه بالمريض على خلاف ما هو مقرر في القواعد العامة التي تحتم على المريض أن يبرهن على خطأ الطبيب.

فقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: ((يسأل الطبيب عقدياً ولو لم يثبت علاقة السببية بين الخطأ الذي نسب إليه والضرر الذي لحق بالمريض وإن كان لا يحكم عليه إلا بتعويض جزئي على تقدير أن هذا الخطأ قد فوت على المريض فرصة الحياة، أو على العموم فرصة تجنب الضرر الذي لحقه)) [2].

ويقول أستاذنا الدكتور حسن علي الذنون في هذا الخصوص: ((الواقع إن القضاء الفرنسي عمل في هذا المجال على تحوير بعض القواعد التقليدية تحويراً من شأنه إيصال التعويض إلى المريض بأسهل طريق، فقد قام تحقيقاً لهذا الهدف الإنساني، بتحوير جوهري في تكييف طبيعة التزام الطبيب، فقلب هذا الالتزام - في بعض الصور والحالات - من التزام بوسيلة إلى التزام بنتيجة يكفي لإلقاء المسؤولية على الطبيب بمجرد تخلف هذه النتيجة وعدم تحققها)) [3].

---

(1) سافاتيه، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ف778 ص381، أشار إليه أستاذنا الذنون، مذكرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف35، ص23.

(2) نقض مدني فرنسي في 14 كانون الأول (ديسمبر) 1965 مجلة الأسبوع القانوني 1966 ـ 2 ـ 14753.

(3) أستاذنا د. الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف36، ص23.

فالظروف التي يتعرض لها المريض ـ الذي يستوجب وضعه الصحي تدخلاً جراحياً ـ في صالة العمليات وهو في حالة غيبوبة بتأثير التخدير الذي أجري له، مع غياب ذويه، تجعل المريض تحت سلطة الجراح وهيمنته، وهذه الاعتبارات العملية، تجعل كفة الطبيب أكبر من كفة المريض، وبذلك يختل التوازن الاقتصادي بينهما، فالمريض يحاط في العمليات الجراحية بوجه خاص بأخطار بالغة ولا يقف على قدم المساواة مع الطبيب، بل يكون تحت رحمته، لأنه يقع نفسياً في تبعيته إلى الحد الذي دفع الفقه إلى التنويه بإمبريالية الأطباء[1].

وتعترض المريض كذلك صعوبات بالغة التعقيد في إثبات خطأ الطبيب الجراح، بسبب العملية الجراحية التي تجري سراً، ولا يراها سوى الطبيب الجراح ومساعديه، والمريض فاقد الوعي غائب عن الدنيا بفعل المخدر الذي أعطي له[2] والطبيب تربطه بالأشخاص الحاضرين أثناء إجراء العملية روابط زمالة أو صداقة أو علاقة تبعية، وتعجز الخبرة في أغلب الأحوال، إن لم يكن في جميعها، عن كشف الحقيقة وقد تثير الشك في نفس القاضي لدقتها البالغة، ناهيك عن قيام الشكوك دائماً حول تجرد الخبراء الفنيين وحيدتهم وموضوعيتهم، نتيجة لعلاقات الزمالة مع المدعى عليهم، وبشكل خاص عندما يكون الاختصاصي المعني ضيفاً كما هو الحال في ميدان المهنة الطبيب لأن الأطباء بشكل عام والجراحين بشكل خاص يعرفون تقريباً بعضهم البعض فتبرز هنا حالة أو مرض (ضم الصفوف) أي الموقف الجماعي ـ كما ذكرنا سابقاً.

ومن هذا المنطلق، ووفقاً لهذه الرؤية يصبح أن الطبيب لا يلتزم تجاه هذا المريض التزاماً ببذل عناية يتجسد في بذل قدر معين من المجهود والمساعي والحيطة، بل يلتزم بالإضافة إلى ذلك التزاماً بتحقيق غاية تتجسد هذه النتيجة، في الالتزام بتأمين سلامة هذا المريض ومن هذه الرؤية للأمور، ونتيجة للهوة الواسعة بين الطبيب الجراح والمريض الخاضع للجراحة ـ أثناء إجراء الجراحة ـ يسأل هذا الجراح حتى لو لم يقم المريض أو ذووه الدليل على ارتكابه لأي خطأ عن كل ضرر لحق هذا المريض أو ذويه من جراء هذه العملية الجراحية، إلا في حالة إثبات الطبيب أنه أخطر المريض أو وكيله أو ذويه، بالعواقب السيئة أو النتائج الوخيمة لإجراء مثل هذه العملية، أو أخطرهم بحدوث هذا الضرر (أو احتمال حدوث) قبل إجراء العملية، ولا يمكن للطبيب أن يدرأ المسؤولية عن

(1) سافاتيه إمبريالية الأطباء في نطاق القانون، دالوز، فقه 1952، ص157 ـ 160.
(2) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف36، ص23.

نفسه، إلا في حالة تمكنه من البرهان على أن الضرر الذي لحق المريض، كان وقوعه بسبب أجنبي لا دخل لإرادته فيه، ولا يمكن دفعه وليس من المستطاع توقعه[1].

ولا يعتبر سبباً أجنبياً ينفي رابطة السببية وينفض المسؤولية عن كاهل الطبيب، ما ورد في تقرير الخبير (أن الطبيب الجراح استخدم مطهراً جلدياً أو مبضعاً كهربائياً) وأنه بذل قصارى جهده في تفادي ما حدث، وأنه لم يقصر في اتخاذ الاحتياطات التي تستوجبها العملية الجراحية، إذا ظهر على جسد المريض وفي المكان الذي أجريت العملية الجراحية فيه أو بالقرب منه علامات حروق والتهابات شديدة[2].

وقد أصدرت الدائرة العشرون لمحكمة السين حكماً في هذا الشأن قالت فيه: ((إن النظام العام يحتم قيام علاقة منطقية وثيقة بين تزايد سلطة الطبيب وتسلطه على مريضه من جهة، وبين نطاق مسؤولية هذا الطبيب نحو مريضه ـ حسب جهده ـ من جهة أخرى. فكلما زادت هذه السلطة، زادت مسؤولية الطبيب)). ومن هذا المنطلق، ووفقاً لهذه الرؤية للأمور استنبط قضاة هذه المحكمة، أن العقد المبرم بين الطبيب والمريض يضع على كاهل الطبيب (التزاماً بالسلامة) وقالوا أن الالتزام بالسلامة ما هو الالتزام بتحقيق غاية يقع الإخلال به تحت حكم المادة (1147 من التقنين الفرنسي) المقابلة (للمادة 168 من القانون المدني العراقي)[3] وكذلك الحال في مسؤولية أطباء العظام والمجبرين الذين يستخدمون في التجبير قطعاً من المعدن أو من اللدائن (البلاستيك) فهؤلاء حور القضاء ـ في شأنهم ـ القواعد التقليدية، في تكييف التزام الطبيب فقلب التزامهم، من الالتزام بوسيلة إلى الالتزام بنتيجة، وبذلك لا يكلف المريض بالإثبات بل يلقى هذا العبء الكبير على عاتق الطبيب تحت جناح ما أسماه (بالالتزام بالسلامة) ويخضع أطباء الأسنان، لذات القواعد المحورة أي أن التزامهم أصبح أيضاً التزاماً بالسلامة، يضع على عاتق الطبيب عبء الإثبات[4].

إن التزام الطبيب في الأصل التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية ولكن الذي يسبغ عليه صفة الالتزام بتحقيق غاية هو أن الطبيب المعالج والجراح، يلتزمان في دائرة الالتزام العقدي القائم بينهما وبين مريضهما، بتعويض الضرر الناجم بسبب فعلهما الخاطئ، وفوق هذا يلتزمان بتعويض الضرار الناشئة من الآلات والأجهزة المستخدمة من قبلهما والتي تحت حراستهما، وكذلك يلتزمان بتعويض الأضرار

(1) أستاذنا د. حسن علي الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف36، ص23.

(2) أستاذنا د. الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف36، ص24 ويشير إلى حكم المحكمة مرسيليا في 1959/3/3، وتعليق الأستاذ سافاتيه على هذا الحكم.

(3) أستاذنا د. الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج2، المرجع السابق، ف589، ص354.

(4) أستاذنا د. الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج2، المرجع السابق، ف590، ص345.

الناتجة عن أفعال مساعديهم ولا يتمكنان من درء مسؤوليتهما، بالاحتجاج بأن المسؤولية هنا عقدية وليست تقصيرية (عن فعل الغير وعن فعل الأشياء) وخاصة أن هذه المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير وعن فعل الأشياء مسؤولية مفترضة يرتبها القانون بالنسبة لمسؤولية الإنسان عن الأشياء غير الحية أو عن فعل الغير فهذا الدفع أو هذا الاعتراض يفند بكل بساطة ذلك أن العقد المبرم بين الطبيب أو الجراح والمريض ينتظمه شرط ضمني أو التزام ضمني يفضي هذا الشرط إلى أن الطبيب أو الجراح والمريض يؤاخذ إذا أساء استعمال هذه الأجهزة والآلات ولم يضمن حُسْن تصرف أعوانه ومساعديه، فالطبيب والجراح يكون ضامناً إذا ما نشأ ضرر، نتيجة إخفاق هذه الآلات وتلك الأجهزة في عملها، وكذلك يكون ضامناً في حالة عدم حسن تصرف الأعوان والمساعدين في تنفيذ واجباتهم وأعمالهم، وهذا الالتزام هو (التزام ضمان السلامة) ويفترض إخلال الطبيب أو الجراح بهذا الالتزام وهذا الافتراض لا يمكن نفيه بإثبات العكس إلا في حالة إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي، ففي هذه الحالة الأخيرة فقط يستطيع الطبيب أو الجراح التخلص من المسؤولية بشرط أن يبرهن بأن السبب الأجنبي لا دخل لإرادته فيه ولا ينسب إليه ولا يمكن دفعه أو توقي أو تفادي عواقبه الوخيمة ونتائجه السيئة، ومما لا يمكن توقعه[1].

(1) أستاذنا د. حسن الذنون، نظرات في المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ف38، ص25.

الخاتمة

إذا كان الخطأ في المسؤولية بصورة عامة من المواضيع التقليدية فإنه أصبح في المسؤولية الطبية موضوعاً متجدداً، دفعت به إلى التطور جهود قضائية حثيثة على نحو أصبحت لهذا الخطأ خصائصه التي أخرجته من الوضع التقليدي لكي يكون موضوعاً حديثاً بحاجة إلى دراسة معمقة توازن بين الموروث النظري للخطأ والواقع العملي الذي لا يخضع لصيغ ثابتة.

وقد تبين لنا من خلال استقراء التطبيقات القضائية العملية لمسؤولية الطبيب المدنية أن القضاء أبقى على الخطأ كأساس جوهري لهذه المسؤولية دون أن يدعه عرضة لموجة العصر التي قد تجرف معها فجأة ما يعترض سبيلها من مبادئ تقليدية. بيد أن ذلك لا يعني بأية حال من الأحوال أن القضاء وضع الخطأ في قالب جامد وإنما يلاحظ أنه أدرك مدى خطورة الخطأ الذي قد يرتكبه الطبيب في حياة الإنسان، فوضع حدوداً متوازنة لعلاقة المريض بالطبيب فأعطى الأول حرية اختيار طبيبه وقبول أو رفض العلاج وحمل الطبيب التزاماً بأن يبصر المريض مسبقاً وبأسلوب ملائم بكل ما يتعلق بعلاجه بل ذهب القضاء إلى أبعد من ذلك، فألزم الطبيب بأن يوازن بين المخاطر المحتملة والفوائد المتحققة، فإذا لم يتم التناسب بينهما اعتبر الطبيب قد أخل بالتزامه أي ارتكب خطأ طبياً، كل ذلك دون أن يهدر القضاء حرية الطبيب في الحدود التي لا يكون فيها سيف المسؤولية مسلطاً عليه، الأمر الذي لا يدع لموهبته الطبية مجالاً للإبداع.

إن استقراء واقع الخطأ الطبي يفيد بأنه ذو طبيعة خاصة، فما يعتبر اليوم خطأ يرتكبه الطبيب لم يكون متصوراً من الناحية التاريخية على اعتبار أن الطبيب لا يسأل عن القصور في جهوده المبذولة لشفاء المريض، على أن هذا التوجه تلاشى لتحلّ النظرة العلمية الصائبة محل ما سلف. فالطبيب بشر يخطئ عندما ينحرف في سلوكه ليرتكب فعلاً لا يقترفه الشخص المعتاد لو كان في مكانه وأحاطت به ذات الظروف

الخارجية التي وقع فيها الفعل الضار. بيد أن خطأ الطبيب يتميز عن غيره من الأخطاء في أنه يتعلق بحياة الإنسان التي هي أثمن ما في الوجود كما أن تفاديه يعتمد في الغالب على موهبة خاصة وخبرة علمية ليست محتاجة إلى الجميع، وهذا ما حصل. الإحاطة بالخطأ الطبي مسألة تحتاج إلى دقة قانونية إلى جانب الخبرة الطبية الضرورية.

إن حصيلة دراستنا للخطأ في المسؤولية الطبية المدنية تجلت في جملة نتائج ومقترحات هي كالآتي:

- الأصل أن ينشأ خطأ الطبيب نتيجة للإخلال بالتزام ناشئ عن عقد يبرم بين الطبيب والمريض. وهذا العقد غير مسمى له خصائصه التي تميزه عن العقود المسماة، ورغم أن هذا العقد وطيد الشبه بعقد المقاولة إلا أنه يختلف عنه في أن الرابطة بين الطبيب ومريضه قائمة على الثقة المتبادلة فهو عقد قائم بذاته له نظامه الخاص به. وقد توصلنا إلى أن خطأ الطبيب يمكن أن ينشأ عن التزام تقصيري استثناء من القاعدة العامة في مسؤولية الطبيب وذلك إذا استحال تصور وجود عقد بين الطبيب والمريض كما هو الحال بالنسبة للحادث المفاجئ حينما يسعف المصاب دون أن تصدر عنه أية إرادة.
- إن الأصل في التزام الطبيب أنه التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية، وهذه حقيقة سبق بها الفقه الإسلامي القوانين الحديثة لقرون خلت. إذ أجمع الفقهاء المسلمون على أن الطبيب يلتزم ببذل عناية فلا يضمن ما يترتب على فعله من نتائج إذا كان مأذوناً ولم يقع منه تقصير أو تعمد. وعليه لا يعتبر الطبيب قد أخل بالتزامه لمجرد فشل العلاج أو عدم نجاح العملية الجراحية، بل لا بد من إثبات تقصير الطبيب في عدم بذل العناية اللازمة لصالح المريض ومع ذلك فقد وجدنا بعض الاستثناءات على هذه القاعدة في حالات يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة كالتزامه بخروج المريض من عيادته غير مصاب بأمراض لم يصب بها قبل البدء في علاجه، أو أن يلتزم بنقل الدم أو عمل التركيبات الصناعية.

- تبين لنا أن الطبيب الذي يعمل في المستشفى الخاص يسأل عن أعمال المساعدين متى كان متبوعاً عرضياً وعند انتفاء صفة التبعية يعود التابعون إلى وصفهم الطبيعي الذي كانوا عليه وهو أنهم تابعون للمستشفى الخاص لأنه المتبوع الدائم وتحدد علاقة التبعية على أساس مدى إشراف الطبيب على أعمال مساعديه وممارسة سلطة الإشراف والتوجيه تجاههم.
- لا يعتبر طبيب التخدير تابعاً للطبيب الجراح فلا يسأل عنه الأخير مسؤولية المتبوع عن تابعه. ورغم ذلك فإن من واجب الطبيب الجراح أن يراقب عملية التخدير، فإذا لم يبذل العناية اللازمة لذلك، كأن يكون بإمكانه تلافي أخطاء طبيب التخدير ولم يفعل هذا تتحقق حينئذ مسؤوليته، ولكن ليس لأن هذا الطبيب تابع له وإنما لأنه يرتكب خطا يسأل عنه بوصفه الشخصي لا باعتباره متبوعاً.
- إن خطأ الطبيب يمكن أن يقع في أربعة أشكال هي عدم الوفاء بالالتزام والتأخر في تنفيذه والتنفيذ المعيب والتنفيذ الجزئي له. ويلاحظ أن المادة (168) من القانون المدني العراقي اقتصرت على عدم الوفاء في تنفيذ الالتزام والتأخر في تنفيذه. وإذا كنا نعتقد بأن ذلك لا يمنع من تدخل القضاء لإكمال هذا النقص في التشريع فإننا نرى مع ذلك ضرورة تعديل المادة المذكورة على نحو تشتمل فيه على جميع أشكال الخطأ.
- ذهب البعض إلى أن الطبيب لا يسأل إلا إذا كان خطؤه جسيماً وقد تأثر القضاء العراقي بهذه الفكرة فميّز بين الخطأ العادي والخطأ الفني وقرر المسؤولية عن الخطأ العادي دون الخطأ الفني المتعلق بصنعة الطبيب حيث لا يسأل إلا عن الخطأ الجسيم الفاحش.
- ولا نميل إلى هذا الاتجاه ذلك أن غاية المسؤولية إزالة الضرر وليس معاقبة الطبيب، والضرر قد يقع لمجرد إهمال من الطبيب دون أن يكون خطؤه جسيماً، فضلاً عن ذلك فإن الطبيب يسأل متى ما أخلّ بالتزامه ولا مبرر لنفي مسؤوليته إلا إذا انتفى وجود الالتزام ذاته.

- تبين لنا أن تكييف خطأ الطبيب بأنه عقدي لا يتناقض مع مسؤولية الطبيب عمّا يترتب على هذا الخطأ من ضرر معنوي بيد أن ذلك يصطدم مع مسلك المشرع العراقي في عدم جواز التعويض عن الضرر المعنوي في إطار المسؤولية العقدية. لذلك نقترح وضع نص جديد يبيح ذلك، فلا مبرر ـ حسب رأينا ـ لعدم تعويض الضرر المعنوي لمجرد أنه ينجم عن إخلال بالتزام عقدي.
- يعتبر ضياع الفرصة ضرراً ناجماً عن خطأ الطبيب تنهض معه مسؤوليته، وهذا ما تستدعيه حاجة المجتمع إلى إزالة الضرر أياً كان، عليه أيدنا موقف القضاء الذي التفت إلى هذه الناحية نظراً لأن الطب الحديث يتمتع بوسائل متطورة وخطيرة لا يملك أمامها المريض إلا أن يسلم الطبيب زمام سلامته الصحية. وهذا ما يستلزم بالضرورة الحيلولة دون تذرع الطبيب بالاعتبارات العلمية الطبية للتخلص من النتائج التي تترتب على خطئه. فإذا لم يشف المريض أو حُرم من فرصته في البقاء على قيد الحياة فليس ثمة ما يحول دون البحث عن خطأ الطبيب الذي تسبب في فوات مثل هذه الفرصة ومن ثم الحكم بمسؤوليته عن ذلك.
- تبين لنا في إطار إثبات الخطأ الطبي صعوبة الاعتماد على شهادة الشهود نظراً لعدم خبرة هؤلاء عادة بالمسائل الطبية. لذلك يلجأ القضاة عادة إلى الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء. ونلاحظ أن هذه الخبرة عرضة لمساوئ حالة يطلق عليها تسمية (ضم الصفوف) أي الموقف الجماعي الذي يتستر فيه بعض الأطباء على أخطاء زملائهم، وقد لاحظنا أن القضاء العراقي يركن من هذه الناحية إلى الخبرة الطبية التي يقدمها زملاء الطبيب دون غيرها، مع أن الغالب في هذه الخبرة ـ كما اتضح لنا في الواقع العملي ـ أن تتم لصالح الطبيب، ونقترح بدورنا عدم الاكتفاء بخبرة زملاء الطبيب لأنها قد لا تكفي في الكشف عن الحقيقة ومن ثم لا بد من مراعاة جملة مسائل بالنسبة لهذه الخبرة، وذلك بأن لا تكون للخبير علاقة اجتماعية بالطبيب

المدعى عليه، وأن يمارس القضاء سلطاته التقديرية في تقييم الخبرة خاصة فيما يتعلق بالمسائل التي يمكن الكشف فيها عن خطأ الطبيب بواسطة المنطق ولعل تحديد جهة قضائية متخصصة بشأن الخبرة الطبية هو أقرب لتحقيق العدالة في تفادي مساوئ حالة (ضم الصفوف).

- الحاجة إلى إعطاء معلومات قانونية بصورة ميسرة لطلبة كليات الطب والأسنان والصيدلة والمعاهد الطبية حتى يكونوا على بينة من حكم القانون فيما يتعلق بنشاطهم وحقوق التزامات المريض والطبيب فيما يخص المراجعة والعلاج والجراحة والآثار المترتبة عليها.

المراجع

أولاً: المراجع العربية

أ- كتب الفقه الإسلامي:

- ابن البزاز الإسلامي: حافظ الدين محمد بن شهاب، الفتاوى البزازية على هامش الفتاوى الهندية، ج5، بدون سنة طبع.
- ابن حزم: ابن محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، دار الفكر، مجلد 5، ج8، بدون سنة طبع.
- ابن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، بدون سنة طبع.
- ابن عابدين: محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، ج5، بدون سنة طبع.
- ابن عرفة: محمد ابن أحمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، بدون سنة طبع.
- ابن قاضي سماوه: جامع الفصولين، ج2، بدون سنة طبع.
- ابن قدامة: أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد، المغني، ج4، القاهرة 1968.
- ابن قيم الجوزية: شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر، أعلام الموقعين عن رب العالمين، بيروت، بدون سنة طبع.
- ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبدالواحد الحنفي، شرح فتح القدير، ج7، ط1، مصر 1317هـ.
- البغدادي: أبي محمد بن غانم ابن محمد، مجمع الضمانات، ط1، المطبعة الخيرية، مصر 1308هـ.
- الرملي: أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج8، بدون سنة طبع.
- الزمخشري: الكشاف عن حقائق التنزيل، ج1، بدون سنة طبع.
- السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، ج16، سنة 1324هـ.
- السلمي: أبو محمد عز الدين عبدالعزيز عبدالسلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1، المكتبة الحسينية المصرية، القاهرة 1934.
- سنن أبي داود: للحافظ المنذري ومعالم السنن لأبي سليمان الخطابي، ج4، دار المعرفة، بدون سنة طبع.
- الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي، المهذب، ج2، ط2، 1959.

- د. صبحي المحمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بيروت 1972.
- عالمكير: الشيخ نظام، الفتاوى الهندي، ج3، مصر، 1310هـ.
- العاملي: الشهيد السعيد زين الدين الجبعي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج2 بيروت، 1960.
- عبدالرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، بيروت، بدون سنة طبع.
- د. عبدالرزاق أحمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الأجزاء من 1 ـ 6، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العالمية 1954 ـ 1968.
- عبدالقادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنة بالقانون الوضعي، ج1، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون سنة طبع.
- قاضي خان: الفتاوى الخانية، ج3، بدون سنة طبع.
- شهاب الدين محمود الألوسي: روح المعاني، ج5، بدون سنة طبع.
- محمد قدري باشا: مرشد الحيران، مصر1338هـ.
- وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد، دار الكتب، بدون سنة طبع.

ب- الكتب القانونية والرسائل الجامعية:

- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، القاهرة 1980.
- د. أحمد شرف الدين: التعويضات عن الأضرار الجسدية، مطبعة الحضارة العربية، بدون سنة طبع.

انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، مطبعة الحضارة العربية، القاهرة 1982.

مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، الكويت 1986.

الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط1، مصر 1987.

- د. أحمد حشمة أبو ستيت: مصادر الالتزام، دار الفكر العربي، مصر 1963.
- د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة: القانون الجنائي والطب الحديث، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة 1986.

- د. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن: مضمون الالتزام العقدي، المطبعة العربية الحديثة، مصر 1976.

الالتزام التضامني للمسؤولين تقصيرياً في مواجهة المضرور، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة 1986.

- د. أحمد سلامة: نظرية الالتزام، القاهرة 1980.
- د. أحمد محمود سعد: مسؤولية المستشفى الخاص في أخطاء الطبيب ومساعديه، بدون سنة طبع.

زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة، ط1، القاهرة 1986.

- د. آدم وهيب النداوي: شرح قانون الإثبات، ط1، مطبعة المعارف، بغداد 1983 ـ 1984.

الموجز في قانون الإثبات، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد 1990.

- د. أسامة عبدالله قايد: المسؤولية الجنائية للأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة 1987.
- د. إسماعيل غانم: النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، مكتبة عبدالله وهبة، مصر 1966.

النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة عبدالله وهبة، مصر 1967.

- د. أنور سلطان: الموجز في مصادر الالتزام، الإسكندرية، 1970.
- د. بدر جاسم اليعقوب: المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي، ط1، الكويت 1980.
- د. جابر مهنا شبل: مدى مشروعية نقل وزرع الأعضاء، رسالة دكتوراه، مطبوعة بالرونيو، بغداد 1991.
- د. جميل الشرقاوي: مصادر الالتزام، القاهرة 1975.
- جورج سيوفي: النظرية العامة للموجبات والعقود، ج1 مصادر الموجبات، بيروت 1960.
- د. حبيب إبراهيم الخليلي: مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية في المجتمع الاشتراكي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1979.
- د. حسام الدين كامل الأهواني: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة 1975.

الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية، دار النهضة العربية، مصر 1977.

- د. حسن زكي الأبراشي: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1951.
- د. حسن عبدالعال: الوظيفة العامة، القاهرة 1973.
- حسن عكوش: المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، ط1 مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1957.
- د. حسن علي الذنون: النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، بغداد 1946.

أصول الالتزامات، بغداد 1970.

النظرية العام للالتزامات، الجامعة المستنصرية، بغداد 1976.

نظرات في المسؤولية الطبية، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير 1987-1988، غير منشورة.

دور المدة في العقود المستمرة، بغداد 1988.

المبسوط في المسؤولية المدنية، ج1، الضرر، شركة التايمز للطباعة والنشر المساهمة، بغداد 1991.

- حسين عامر وعبدالرحيم عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط2، دار المعارف 1979.
- حسين المؤمن: نظرية الإثبات، ج1، بغداد 1977.
- د. حلمي بهجة بدوي: أصول الالتزامات، مطبعة نوري، القاهرة 1943.
- حمدي عبدالرحمن: الحقوق والمراكز القانونية، دار الفكر العربي، مصر 1975 ـ 1976.

فكرة الحق، دار الفكر العربي، مصر 1979.

معصومية الجسد، مصر 1987.

- خليل جريج: النظرية العامة للموجبات الخارجة عن الإرادة، ج1، بيروت 1957.
- د. سليمان مرقس: نظرية دفع المسؤولية، رسالة دكتوراه، مصر 1936.

المسؤولية المدنية، دروس لقسم الدكتوراه في جامعة القاهرة 1955.

الفعل الضار، ط2 دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة 1956.

المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، طبعة 1958 و1971.

محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الثاني، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية 1960.
مسؤولية الراعي المفترضة عن فعل المرعي في تقنيات البلاد العربية، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة 1968.
مقدمة عامة في المسؤولية المدنية، مكتبة الجامعة، بغداد 1969.
أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، ج1، الأدلة المطلقة، عالم الكتب، القاهرة 1981.
بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية، القاهرة 1987.
الوافي في شرح القانون المدني، ج1، المدخل للعلوم القانونية، ط6، مطبعة اللام، القاهرة 1987.
الوافي في شرح القانون المدني ج2، في الالتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول في الأحكام العامة، ط5 مطبعة السلام، القاهرة 1988.
الوافي في شرح القانون المدني، ج2، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ط4، مصر الجديدة، 1987.

- د. عادل عبد إبراهيم: حق الطبيب في ممارسة الأعمال الطبية ومسؤوليته الجنائية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، مطبوعة بالرونيو، بغداد 1977.
- د. عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، ط1 بيروت، باريس 1983.
- د. عباس الصراف: المسؤولية العقدية عن فعل الغير في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، مصر 1954.
- د. عبدالحميد الشواربي: المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1988.
- د. عبدالحميد محمود البعلي: نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، رسالة دكتوراه، القاهرة 1968.
- د. عبدالحي حجازي: موجز النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الإرادية، ج3 المطبعة العالمية، القاهرة 1963.
- عبدالرحمن عبدالرزاق داود الطحان: مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، مطبوعة بالرونيو، بغداد 1976.

- د. عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج1، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة 1952.
الوسيط في شرح القانون المدني،نظرية الالتزام بوجه عام، ج2، الإثبات ـ آثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة طبع.
الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، ج7، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة 1964.
نظرية العقد، الفكر، بيروت، بدون سنة طبع.
التصرف القانوني والواقعة القانونية، دروس لقسم الدكتوراه، جامعة القاهرة 1953- 1954.
- د. عبدالرشيد مأمون: عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.
علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع.
التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة 1986.
- عبدالسلام التونجي: المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، حلب 1966.
- د. عبدالمجيد الحكيم: الوجيز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، ط5، مطبعة نديم، بغداد، 1977.
- . عبدالمنعم البدراوي: النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام، القاهرة 1968.
- عبدالمنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، القاهرة 1960.
- عبدالمهيمن بكر: شرح القسم الخاص في قانون العقوبات، مصر 1977.
- عبدالوهاب حومد: الحقوق الجزائية العامة، الكتاب الأول، دمشق 1963.
- د. علي عبيد عودة الجيلاوي: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وتطبيقاتها القضائية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، مطبوعة البرونيو، بغداد 1977.
رضا المتضرر وأثره في المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، مطبوعة بالرونيو، بغداد 1988.
- د. غني حسون طه: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، بغداد 1971.
- فريد فتيان: مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد 1956 ـ1957.

- د. فوزية عبدالستار: النظرية العامة للخطأ غير العمدي، دار النهضة العربية، القاهرة 1977.
- ليون ديكي: دروس في القانون العام، ترجمة الدكتور رشدي خالد، منشورات مركز البحوث القانونية بغداد 1981.
- د. محمد إبراهيم دسوقي: تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة طبع.
- د. محمد جابر الدوري: مسؤولية المقاول والمهندس المعماري، رسالة دكتوراه، مطبعة وأوفسيت عشتار، بغداد 1985.
- د. محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1989.
- د. محمد زكي أبو عامر: قانون العقوبات، القسم الخاص، ط2، مكتبة الصحافة، الإسكندرية 1989.
- د. محمد عادل عبدالرحمن: المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، مصر 1985.
- د. محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة 1980.

  مصادر الالتزام، القاهرة 1984.

  الوسيط في شرح أحكام قانون العمل الجديد، القاهرة 1985.
- محمد عمر عبد: تعويض الضرر الناتج عن تفويت الفرصة، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، مطبوعة بالرونيو، بغداد 1989.
- د. محمد سامي السيد الشوا: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، مصر 1986.
- د. محمد الشيخ عمر: مسؤولية المتبوع، رسالة دكتوراه، 1970.
- د. محمد السعيد رشدي: عقد العلاج الطبي، مكتبة عبدالله وهبة، القاهرة 1986.
- محمد الفاضل: الجرائم الواقعة على الأشخاص، ط3 دمشق 1965.
- د. محمد فائق الجوهري: المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه دار الجوهري للطبع والنشر، مصر 1951.
- د. محمد لبيب شنب: المسؤولية الناشئة عن الأشياء، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة 1957.

دروس في نظرية الالتزام، القاهرة 1976 ـ 1977.
شرح قانون العمل، القاهرة 1983.
- د. محمد نصر الدين محمد: أساس التعويض في الشريعة الإسلامية والقانونين المصري والعراقي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1983.
- د. محمد مصطفى القللي: في المسؤولية الجنائية، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة 1948.
- د. محمد نصر رفاعي: الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة 1978.
- د. محمد وحيد الدين سوار: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج1، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، المطبعة الجديدة، دمشق 1977 ـ 1978.
شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ج2 المصادر غير الإرادية، الواقعة القانونية، المطبعة الجديدة، دمشق 1977 ـ 1978.
- د. محمود التلتي: النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة 1988.
- د. محمد جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، ج1 في ازدواج أو وحدة المسؤولية المدنية ومسألة الخبرة، مطبعة جامعة القاهرة 1978.
الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط3 مطبعة جامعة القاهرة 1976.
- د. محمود سعد الدين الشريف: شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج1 في مصادر الالتزام، بغداد 1955.
- د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط9، القاهرة 1975.
- د. محمود نجيب حسني: علاقة السببية في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة 1983.
- د. مختار القاضي: أصول الالتزامات في القانون المدني، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة 1951.
- مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية في القانون المصري، ج2 مكتبة عبدالله وهبه، مصر 1936.

- معوض عبدالتواب: الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، ط4 دار المشرق العربي، القاهرة 1988.
- د. ممدوح خليل بحر: حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة 1983.
- د. منذر الفضل: التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، ط1 دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد 1990.
- منير رياض حنا: المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1989.
- د. نزيه محمد الصادق المهدي: الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
- د. وفاء حلمي أبو جميل: الخطأ الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.

ج- البحوث والمقالات:

- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: قبول المخاطر وأثره على المسؤولية المدنية، مجلة المحامي، ص12، ع9 و10 الكويت 1988.

  تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق، س10، ع2 و3 الكويت 1986.
- د. أحمد شرف الدين: زراعة الأعضاء والقانون، مجلة الحقوق والشريعة، س1، ع2، جامعة الكويت 1977.

  الحدود الإنسانية والشرعية والقانونية للإنعاش الصناعي، مجلة العدالة، س10، ع35، أبو ظبي 1983.
- أحمد محمد إبراهيم: مسؤولية الأطباء في الشريعة الإسلامية، مجلة الأزهر، س19، ج9، مجلد 19 مصر، 1948.

  مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، ج2، مجلد 2، مطبعة الأزهر 1948.
- د. حسن علي الذنون: المسؤولية المدنية (نظرية تحمل التبعة) مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد خاص بمناسبة اليوبيل الماسي للكلية، 1984.
- خليل جريج: الخطأ المهني في نطاق العمل الطبي، مجلة القضاء والتشريع التونسية، 1964.

  نواحي خاصة في مسؤولية الطبيب المدنية، مجلة أبحاث في القانون اللبناني، ع3، بيروت 1963.
- د. سامي عزيز: من أجل آلاف المرضى، زرع الكبد، مجلة الدوحة، ع111، قطر 1985.

- د. سعيد محمد أحمد المهدي: إهمال الأطباء ومسؤوليتهم القانونية، مجلة العدالة، س6، ع18، أبو ظبي، 1979.
- د. سليمان مرقس: مسؤولية الطبيب ومسؤولية إدارة المستشفى، مجلة القانون والاقتصاد، س7، ع1 القاهرة 1937.

مسؤولية الطبيب الأخصائي وكيفية تقدير خطئه، مجلة القانون والاقتصاد، س7، ع4، القاهرة 1937.
- سمير أورفلي: مسؤولية طبيب التخدير القانونية والمهنية، مجلة المحامين السورية، س50، ع7 دمشق 1985.
- د. شفيق الجراح: المسؤولية الطبية المدنية، مجلة المحامين السورية، ص32، ع4 دمشق 1967.
- د. ضاري خليل محمود: طبيعة الخطأ الطبي، مجلة العدالة العراقية، س3، ع3، بغداد 1977.
- عبده حسن الزيات: ترجمة شريعة حمورابي، مجلة القضاء العراقية، س2، ع5، بغاد 1930.
- عبدالحميد عثمان عبدالمجيد: التطور وأزمة الفكر القانوني في مسؤولية الأطباء، القسم الأول، مجلة العدالة، س5، ع17، أبو ظبي 1979.

التطور وأزمة الفكر القانوني في مسؤولية الأطباء، القسم الثاني، مجلة العدالة، س6، ع18، أبو ظبي 1979.
- عبدالرحمن بن حسن النفيسة: مسؤولية الأطباء، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، س1، ع3، الرياض 1990.
- عبدالعزيز المراغي: مسؤولية الأطباء، القسم الأول، مجلة الأزهر، ج2، مجلد 20، مطبعة الأزهر 1948.

مسؤولية الأطباء، القسم الثاني، مجلة الأزهر، ج4، مجلد 20، مطبعة الأزهر 1948.
- د. عبدالله محمد الجبوري: مسؤولية الأطباء عن أعمالهم المهنية في الفقه الإسلامي، مجلة الرسالة الإسلامية، س17 العددان 168 ـ 169، بغداد 1984.
- د. غني حسون طه: مسؤولية الطبيب المتتع، مجلة القانون والاقتصاد العراقية، جامعة البصرة، س1 ع1 و2، بصرة 1968.

القانون المدني الكويتي بين نظرية الفقه الإسلامي في توقف العقود ونظرية الفقه الغربي في البطلان النسبي، مجلة الحقوق والشريعة الكويتية، س2، ع2، الكويت 1978.

- محمد أبو زهرة: مسؤولية الطبيب في الفقه الإسلامي، المقالة الأولى والثانية، س2، ع22 و12، القاهرة 1949.
- د. محمد لبيب شنب: نظرة في مسؤولية الأطباء عن الأشياء التي تحت حراستهم، مجلة المحامي، س5، ع7 و9، الكويت 1981.
- محمد محرم: الخطأ الطبي في مراحله المختلفة، مجموعة بحوث قانونية من أعمال مؤتمر المسؤولية في المستشفيات، الجمعية الطبية المصرية للطب والقانون، الإسكندرية 1987.
- د. محمد مصطفى القللي: مسؤولية الطبيب من الوجهة الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، س2، ع2، 1940.
- د. محمد هشام القاسم: الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، س3، ع1 الكويت، 1979.

  المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، س5، ع2، الكويت 1981.
- د. محمود جمال الدين زكي: اتفاقات المسؤولية، مجلة القانون والاقتصاد، س30، ع3، القاهرة 1960.
- د. محمود محمود مصطفى: مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، س18، ع1 القاهرة 1948.

  مركز الأطباء في التشريع الجنائي للدول العربية، مجلة المحامين السورية، س44، ع2 و3، مشق 1979.
- د. محمود نجيب حسني: الحق في سلامة الجسم، مجلة القانون والاقتصاد، س29، ع3، القاهرة 1959.
- د. منذر الفضل: التجربة الطبية على الجسم البشري، مجلة العلوم القانونية، المجلد 8، ع1 و2 بغداد 1989.
- د. منصور مصطفى منصور: حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، س5، ع2، 1981.
- نزار عرابي: مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص، مجلة المحامين السورية، س48، ع2، 1983.
- د. وجيه خاطر: نقل وزرع أعضاء الجسم البشري، المجلة العربية للفقه والقضاء، ع7 المغرب 1988.

د- القوانين:

- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- القانون المدني المصري الصادر في 29 تموز (يوليو) 1948 والنافذ في 15 تشرين أول (أكتوبر) 1949.
- القانون المدني السوري الصادر في 18 أيار 1949 بموجب المرسوم التشريعي رقم 84 في 18 أيار 1949.
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
- قانون مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان في الكويت رقم 23 لسنة 1976.
- القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980.
- قانون إصلاح النظام القانوني رقم 35 لسنة 1977.
- قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979.
- قانون زرع الكلى العراقي رقم 60 لسنة 1981.
- قانون الصحة العامة رقم 89 لسنة 1981.
- قانون المؤسسة العامة للأدوية والمستلزمات الطبية رقم 9 لسنة 1983.
- قانون وزارة الصحة رقم 10 لسنة 1983.
- قانون نقابة الأطباء رقم 81 لسنة 1984.
- قانون تأسيس المستشفيات الأهلية رقم 25 لسنة 1984.
- قانون التعديل الأول لقانون تأسيس المستشفيات الأهلية رقم 100 لسنة 1984.
- قانون عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم 85 لسنة 1986.
- قانون الطب العدلي رقم 57 لسنة 198.

هـ- مجاميع القرارات القضائية:

- مجموعة أحكام محكمة النقض المدنية المصرية: السنوات، س14، 1936 وس9، 1958 و16، 1965 وس17، 1966، وس19، 1968، وس2، ع2، 1969 وس21، 1970 وس22، 1971 وس24، 1973 وس29، 1978.
- مجلة المحاماة المصرية: السنوات، س15 ع1، 1935 وس16، 1936 وس19 ع7، 1939، وس24، 1943، وس16، 1946 وس21، 1970 وس35، 1969.
- مجلة إدارة قضايا الحكومة المصرية: س3، ع2، 1953.
- جازيت دي باليه Gazette du palais: السنوات 1935 و1938 و958 و19 و1961 و1962 و1963 و1964 و1967 و1970 و1971 و1972 و1973 1976 و1978 و1980.

- المجلة الفصلية للقانون المدني Revue trimestrielle de droit civil السنوات 1974 و1980 .La Semaine Juridique J.C.P Annee, N
- السنوات: 1950 و1951 و1952 و1954 و1956 و1960 و1961 و1962 و1964 و1966 و1967 و1978 و1970 و1971 و1972 و1973 و1975 و1976 و1978 و1979 و1980 و1981 و1982 و1983 و1990.
- دالوز Dalloz Generale Jurisprudence: السنوات 1930 و1931 و1932 و1936 و1942 و1943 و1944 و1945 و1946 و1949 و1950 و1953 و1956 و1957 و1959 و1959 و1964 و1966 و1967 و1968 و1970 و1971 و1972 و1973 و1974 و1976 و1977 و1979 و1981 و1982 و1984.
- Responsabiite civil et assurances Revue. Mensuelle 3e anneeno I Jannier 1990, 2e anne-No 3MARS 1989, 2e Annee- No 10, Octobers 1989.

ثانياً: المراجع الأجنبية

أ- المصادر باللغة الإنكليزية:

- a. KEITH MANT: Toylor's, principles and practice of Medical Jurisprudence, Thirteenth edition, Churchill Livingustone, Edinburgh, London, Melbourne and New York, 1984.
- BERNARD KNIGHT: Legal Aspects of Medical practice, Edinburght, London, Melbourne and New York, Third edition, 1982.
- CHARLES J. LEWIS: Medical Negligence, Aplaintiff's Guide, London 1988.
- Grad Wohl's: Legal Medicine, Third edition, Bristol: John Wright and sons LTD, 1976.
- Recent Development, Torts – strict Liability – A Hospital is strictly
- Liable for transfusions of hepatitis – infected Blood – Cunningham V. Macneal memorial Hospital, Michigan Law Review, vol. 69, May 1971.
- J.A. Cameron. Q.C.: an introduction Medical Negligence, the law society of Soctland edingurgh, 1983.

- Leahy Taylor: The doctor and law second edition, London, MB, BS DMJ, MROGP, secretary, the medical protection society limited, London.
- Mark fowler: Notes, appointing and agents to make medical treatment choices, Columbia Law Review vol. 84, No. 4, May 1984.
- R.A. Percy: Charles worth on Negligence the common law library, No. 6 London 1958.
- Richard Bingham: All the modern cases on Negligence, second edition, London 1971.
- Sidney S. bobbe: Tort Liability of hospitals in New York cornell law Quarterly, Volume, XXXVII ITHACA New York 1951-1952.
- Walter Gelihorn: Medical Malpractice Litigation (us), Medical Mishap compensation (NZ) Cornell law review, volume 73, No. 2, January 1988.
- Professional obligation and the duty to Rescue: When must a Psychiatrist protect his patient's intended victim? The Yale Law Journal, Volume 91, Number 7, June 1981.
- Comparative Approaches to Liability for medical Maloccurrences, the Yale Law Journal, Volume 84, Number 5, April 1975.

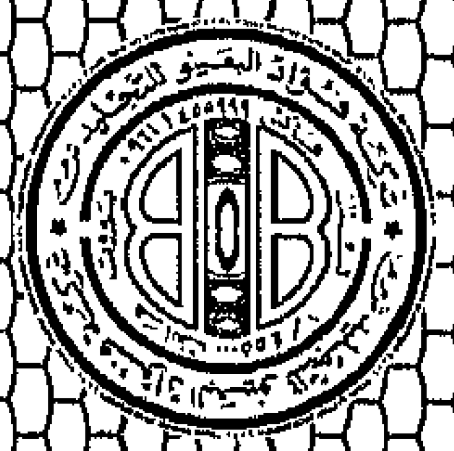
ب- المصادر باللغة الفرنسية:

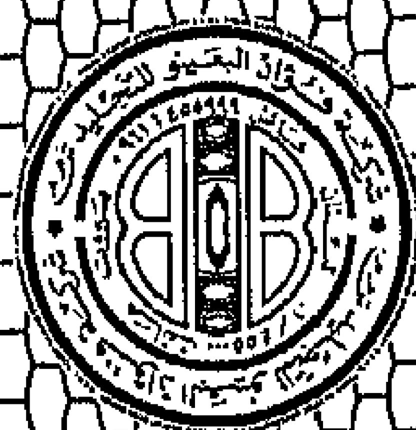
- Akida (M.): la responsabilite penal des mederins du chef et tomocide et de blessures par imprudence, these, Lyon, 1981.
- Aubry et Rau: Droit civile fransis, 6 eme edition.
- Chabas: Responsiblility civile et Responsabilite penale, Paris, 1975.
- Casanova: La responsabilite medicale, these, Aix-En-Provence, 1940.
- Debray: Malade et son medecin, Paris, 1965.
- Desatnt (M.): L'exercise en group de la medicine, (LITEC), Paris, 1981.
- Ibrahim (A.).

- Karaquilio: Les responsibilites civiles, medicales decoulant de lacte d'anesthesie, Dalloz, 1974. Chr. 183.
- Kornproobst: La responsabilite medicale, Paris, 1957.
- Le contrat de soins medicaux, Paris, 1960.
- Lavogez: Article au subject de l'anesthesia, conc. Md, 1973.
- Lombard: le medecin devant ses juges, Laffront, 1973.
- Malherbe: Medien dt le droit mode Paris, 1970.
- Mazeaud et Tunc: Traite theorique et pratique de la responsabilite civil 6 ed, Paris, 1965.
- Memeteau (G.): Le droit medical, litec, Paris, 1984.
- Droit medical litec, Paris, 1986.
- Moatti (L.): En l'absence de faute du mederin n'existe-t-ll pan un prejudice? La Gaz-pal, 1988, 2.
- Montador: La responsabilite des hospitaux publice, Paris, 1960.
- Ney (M.): La responsabiite des medcicines et de leure auxiliaries notamment a raison de l'acte operatoire, these, Lausanne, 1979.
- Penneua (J.): faute et erreur en matiere de responsabilite medicale, Paris, 1973.
- Pharaon (H.): La rresponabilite civile due medecin en droit francaise, these, LAUSNN, GENEVE, 1961.
- Pyckmans et Zywick: Les droite et les obligations des medecins, Bruxeues, 1954.
- Savatier (R.): Traite de droit medical, Paris, 1956.
- Savater (J.): Une faute peut-elle engendrer la responsabilite d'un dommage sans l'avoir cause, D. 1970.
- Stark (B.): Domaine et fondement de la responabilite sans faute, R.T.D, C, 1958, P. 475.
- La responabilite civile 6 ed, Paris, 1985.
- Tunc: La responsabilite civile, Paris, 1981.
- Tourneau (P.): La responsabilite civile, 1979.

- Verdier: La responsabilite cvivle du dedecin anesthesiste, concmed, 1960.
- Viney (G.): Le decline de la responsabilite Individuence, Paris, 1975.

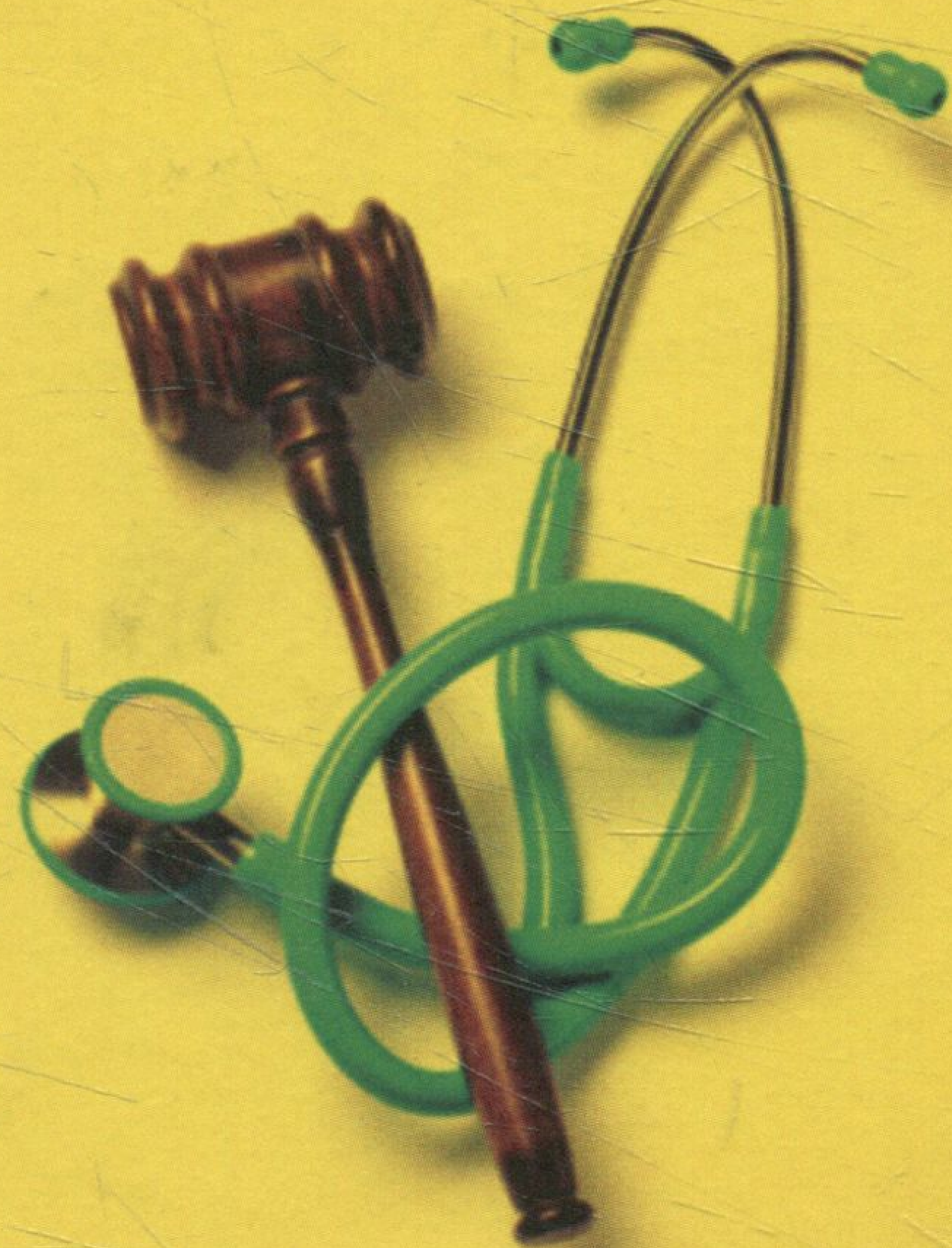
  Les Conditions de la responsabilite, Paris, 1982.





The Mistake In The Civil And Medical Liability

A Comparative Study



Dr.
l Abid Al-Jumayli





تصميم وإخراج/ مكتب دار الثقافة للتصميم والإنتاج



دار الثقافة
للنشر والتوزيع
www.daraltaqafa.com